

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE LA NATURE
DE LA
CONSTITUTION DE DOT

EN DROIT ROMAIN & EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

JOSEPH-ARMAND LALLIER

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT & DU CONCOURS GÉNÉRAL

DIJON-PARIS

IMPRIMERIE RÉGIONALE

1888

THÈSE POUR LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE LA NATURE
DE LA
CONSTITUTION DE DOT

EN DROIT ROMAIN & EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS SERA SOUTENU LE MERCREDI 20 JUIN 1888, A 4 HEURE 1/2

PAR

JOSEPH-ARMAND LALLIER

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT & DU CONCOURS GÉNÉRAL

1882 : 1^{re} mention d'histoire du droit; 3^e mention de droit civil

1883 : 1^{re} mention de droit civil; 1^{re} mention de droit romain

1884 : 1^{er} prix de droit civil; 2^e mention de droit commercial

Concours général : 3^e mention

PRÉSIDENT : M. LABBÉ, *Professeur*

Suffragants : { MM. DEMANTE,
JALABERT, } *Professeurs*
BEAUREGARD, }

DIJON-PARIS

IMPRIMERIE RÉGIONALE

1888

*La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation
aux opinions émises dans les thèses ;
ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.*

A LA MÉMOIRE
DE MON PÈRE & DE MA GRAND'MÈRE

A MA MÈRE

DROIT ROMAIN

DE LA NATURE DE LA CONSTITUTION DE DOT

INTRODUCTION

La dot, en droit romain, était l'apport de la femme au mari en vue des charges du mariage; elle consistait dans un ensemble de biens qui, à l'origine du droit et pendant plusieurs siècles, étaient attribués au mari à titre perpétuel et définitif. L'acquisition, dont le mariage était pour lui l'occasion, pouvait lui provenir de la femme elle-même, quand elle avait en propre des biens sur lesquels elle lui transportait, par la convention, des droits plus ou moins étendus. Si c'était la propriété même des biens dotaux qu'elle attribuait au mari, elle s'en dépouillait à tout jamais. Une telle convention était inutile, quand le mariage était accompagné de *marais*, car le patrimoine de la femme s'absorbait alors dans celui du mari.

Si la femme n'avait pas de biens personnels, comme il arrivait nécessairement quand elle était encore en puissance, son *paterfamilias*, un de ses proches, ou même un tiers généreux, constituait en son nom une dot au mari. Les effets de la constitution de dot s'arrêtaient, se limitaient au mari, puisqu'il était investi, sur les biens dotaux, de droits exclusifs et définitifs. La femme ne réalisait aucun bénéfice, et l'on disait d'elle qu'elle était dotée, *dotata*, par cela seul que la libéralité d'un tiers lui avait permis de procurer au mari une dot qu'elle ne pouvait fournir elle-même. Peu importait, d'ailleurs, quand la dot provenait d'un tiers, que le mariage fût ou non accompagné de *conventio in manum*; nul ne contestera, je pense, qu'une dot pût toujours être constituée au mari, quelle que dût être la condition de la femme dans le mariage, à l'époque où il n'en résultait pour elle aucune acquisition, et où le bénéfice en était exclusivement procuré au mari.

Comment fallait-il analyser l'acte intervenu entre le mari d'une part, et d'autre part la femme ou le tiers qui constituait la dot en son nom? Quelle était la nature de la constitution de dot? Cet acte se présente à nous sous l'aspect d'une donation, et, sans doute, c'est le caractère d'acte à titre gratuit qui lui fut d'abord attribué: le mot même de dot, qu'on s'accorde à faire dériver du grec *διδόναι*, est bien un indice que l'opération dut être à l'origine purement gratuite. C'est là, il faut l'avouer, une simple conjecture qui n'a de vraisemblance que si l'on se reporte à une époque très reculée.

Mais la constitution de dot, après être demeurée pendant cinq siècles telle que nous venons de la décrire, subit de graves modifications. La fréquence des répu-
diations injustes amena les femmes à se ménager, par une stipulation expresse, la restitution de leur dot en

cas de divorce (1). De la pratique répétée de semblables stipulations naquit, au profit des femmes, indépendamment de toute convention, le droit de reprendre leur dot à la dissolution du mariage, d'abord par suite du divorce, et, peu après, par suite du prédécès du mari. Le principe suivant lequel la constitution de dot était, pour le mari, une cause perpétuelle d'acquisition, littéralement exact à l'origine, cessa donc d'être vrai quand la dot fut restituable à la femme. Il se maintint cependant. Le jurisconsulte Paul le proclame encore en termes absolus, et la formule dont il se sert a été placée par Justinien en tête du titre *de Jure dotium*, au Digeste (xxiii, 3). C'est qu'en effet, l'action en reprise de la dot, « loin d'être la conséquence logique et nécessaire de l'institution dotale, ne doit son origine qu'à des circonstances extérieures, et jusqu'à un certain point accidentelles (2). » L'intérêt de la femme divorcée ou survivante avait exigé que la dot lui fût rendue, et l'intérêt social avait puissamment aidé à ce résultat : la législation impériale poussait les citoyens au mariage, et la reprise par la femme de ses biens dotaux était éminemment de nature à lui faciliter une nouvelle union. On pouvait donc ne voir dans la restitution de la dot que le résultat de considérations d'équité ou d'utilité sociale : la constitution de dot n'était pas altérée dans sa nature, et l'on pouvait toujours dire que son but principal était l'attribution au mari de certains biens qui, en principe au moins, lui étaient acquis à perpétuité.

(1) AULU-GELLE, N. A., IV, 3. « *Memoriæ traditum est quingentis fere annis post Romam conditam nullas rei uxoriæ neque actiones neque cautiones in Urbe romana aut in Latio fuisse... Servius quoque Sulpicius in libro, quam composuit de dotibus, tunc primum cautiones rei uxoriæ necessarias esse visas scripsit, cum Spurius Carvilius... divortium fecit.* » Cf. DENYS D'HAL., *Antiq. rom.*, II, 25.

(2) GIDE, *Du Caractère de la dot*, p. 544, édit. Esmein.

Partant de cette idée, il semblerait que l'acquisition du mari dût faire l'objet principal et même exclusif de notre étude; pour déterminer la nature de la constitution de dot, il devrait nous suffire d'analyser l'acte intervenu entre le mari et le constituant de la dot, et de nous demander à quel titre lui sont conférés les droits dont il est investi.

L'objet de cette dissertation ne se bornera cependant pas là. Le droit de la femme à la restitution de la dot avait une importance qu'il faut se garder de méconnaître. Je ne fais pas allusion au cas où elle reprenait, après le mariage, la dot qu'elle avait fournie de ses propres biens; mais quand la dot provenait d'un tiers et que la femme la recueillait, elle réalisait un bénéfice dont elle était redevable au tiers constituant. A son égard, la constitution de dot produisait exactement les effets d'une donation, et l'on pourrait croire qu'elle ne mérite pas un examen spécial. Mais, à l'époque classique, alors que la dot est le plus souvent restituable, l'acquisition du mari et l'acquisition de la femme sont généralement rapprochées et mises en parallèle : les textes en font deux effets d'égale importance de la constitution de dot (1). Il faut donc voir dans la constitution de dot, quand elle émane d'un tiers, un acte com-

(1) Parmi ces textes, quelques-uns donneraient à penser que l'acquisition du mari et celle de la femme étaient simultanées, et même que les droits de chacun d'eux sur les biens dotaux étaient identiques ou au moins analogues : loi 75, D., *de Jure dot.* (xxiii, 3) : « Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est... » Loi 15, § 3, D., *Qui satis dare* (ii, 8) : « Si fundus in dotem datus sit, tam uxor quam maritus propter possessionem ejus fundi possessores intelliguntur. » Nous reviendrons sur ces textes.

D'autres lois rapprochent seulement les effets que la constitution de dot produit vis-à-vis du mari de ceux qu'elle produit à l'égard de la femme. Telle est la loi 25, § 1, *Quæ in fr. cred.*, qui en fait un parallèle prolongé.

plexe, contenant tout ensemble une attribution de droits au mari et une acquisition procurée à la femme. Ces deux effets sont étroitement liés et ne peuvent être séparés; pour bien comprendre la constitution de dot, il faut les envisager tous les deux. Cette double étude s'impose d'autant plus que le droit de la femme, qui n'avait pas sa place à l'origine, fut de jour en jour étendu et mieux garanti, et finit par faire singulièrement pâlir le droit du mari; si bien qu'on y put voir l'effet principal de la constitution de dot, bien que celle-ci eût toujours pour but essentiel l'attribution au mari de certains biens, pour l'aider à supporter les charges du mariage.

Nous allons étudier successivement l'acquisition que procure au mari la constitution de dot et celle qui en résulte pour la femme, nous demandant tour à tour quelle en est la nature et quels sont les effets que la loi y attache. La nature du droit de la femme n'est guère susceptible de contestation : son acquisition est purement gratuite. Mais, pour déterminer en quel sens elle est redevable au constituant du bénéfice qui lui est procuré, il nous faudra rechercher d'assez près quelle est la nature et l'étendue de ses droits. Pour cela, nous serons obligé de prendre à son origine et de suivre dans ses développements la créance de la femme en restitution de la dot : nous ne le ferons que dans la mesure nécessaire à l'intelligence de nos développements, car c'est là une question qui semble définitivement fixée.

Que si nous nous attardons à rechercher la nature exacte des droits du mari, nous demandant si les charges du mariage, que la dot lui permet d'acquitter et qui sont censées absorber le bénéfice qu'il réalise, impriment à son acquisition le caractère onéreux ⁽¹⁾, c'est pour avoir

(1) L'expression d'*acquisition à titre onéreux* n'a pas de correspondant en latin : l'expression de *causa onerosa* est due aux interprètes et ne se

occasion de discuter certaines opinions que les interprètes modernes du droit romain ont produites, plutôt que pour élucider une question dont les jurisconsultes romains aient jamais eu souci. En vue de donner aux droits du mari une stabilité plus grande, pour augmenter sa sécurité, on attacha à la constitution de dot, vis-à-vis de lui, certains effets des actes à titre onéreux. C'est assurément la pratique qui, par des innovations successives, assimila presque à tous égards la constitution de dot à un acte à titre onéreux. Pour justifier ce résultat, les textes allèguent, à la vérité, les charges du mariage, dont le fardeau pèse sur le mari : c'était un motif bien suffisant pour lui faire une situation de faveur. Mais jamais les jurisconsultes romains n'ont recherché si l'existence de ces charges donnait exactement à la constitution de dot la nature d'un acte à titre onéreux. En un mot, les effets spéciaux aux actes à titre onéreux, que la constitution de dot produisait, ne découlaient pas de sa nature même; mais l'ensemble des conséquences que la pratique y avait attachées formaient, par leur réunion, ce qu'on a appelé, en termes peu exacts, le caractère onéreux de la constitution de dot. Si l'on voulait absolument obéir à l'idée dont se sont inspirées les lois romaines, il suffirait, pour faire connaître la nature de la constitution de dot vis-à-vis du mari, d'étudier les effets qu'elle produit.

trouve pas dans les textes. Une acquisition à titre onéreux peut, en effet, être très avantageuse, et il ne serait jamais venu à l'esprit des jurisconsultes romains de qualifier cette opération d'*onerosa*. Ils emploient, au contraire, l'expression de *causa lucrativa*, pour désigner un acte à titre gratuit; un acte à titre onéreux était, suivant la terminologie romaine, un acte non gratuit : *non lucrativa causa*. (Loi 19, de *Oblig. et act.*, XLIV, 7.)

CHAPITRE PREMIER

LE MARI EST TRAITÉ COMME UN ACQUÉREUR A TITRE ONÉREUX

I

Les textes de l'époque classique nous apprennent que la dot était constituée au mari *propter onera matrimonii*; qu'elle était destinée à l'acquittement des charges du mariage, qui étaient la cause même de la constitution de dot (1). C'est, avons-nous dit, par la considération de ces charges que se justifient les effets attachés à la constitution de dot. Examinons donc la correspondance, la destination de la dot aux charges du mariage.

Les charges du mariage qui grevaient le mari, et que la dot l'aidait à supporter, pesaient exclusivement sur lui. On n'aurait pas compris, à l'origine du droit romain, qu'elles incombassent à la femme qui, faute d'avoir des biens en propre, était dans l'impossibilité d'y pourvoir : cette observation a d'autant plus de portée, si on admet que les formes d'établissement de la *manus* étaient primitivement les seuls modes de contracter mariage. Mais si les charges du mariage ne pesaient pas sur la mère, ce n'était pas seulement parce

(1) « Post nuptias onera matrimonii fructus (dotis) relevaturi sunt. »
(Loi 28, de *Pact. dot.*, xxiii 4.)

qu'elle n'avait pas le moyen d'y parer; c'était aussi parce qu'il n'y avait pas de motif de les lui imposer, faute qu'elle eût au mariage un intérêt égal à celui du mari. Dans les idées religieuses des anciens Romains, le but principal du mariage était la continuation de la famille, afin de perpétuer le culte des ancêtres. Qu'importait à la femme la continuation des *sacra privata*, puisque, même mariée avec *manus*, elle n'était pas l'ancêtre des descendants de son mari? A ce dernier devaient donc incomber exclusivement les conséquences d'un mariage qui lui procurait un avantage si capital.

La correspondance de la dot aux charges du mariage, sa destination aux besoins de la famille, sont affirmées dans nombre de textes. Je ne relèverai que les plus catégoriques. Une femme, nous dit Tryphoninus (l. 76, *de Jure dot.*, xxiii, 3), ne peut constituer une dot au mari *mortis causa*. En effet, *nisi matrimonii oneribus serviat, dos nulla est*. Et Papinien nous dit, en termes plus énergiques encore, dans la loi 16 pr., *De pec. castrensi* (xliv, 17): *Dos matrimonio cohærens oneribus ejus ac liberis communibus confertur*; et il en conclut que la dot ne doit pas faire partie du *peculium castrense* du mari, fils de famille, parce que c'est sur son *pater* que pèsent les charges du mariage.

A ces textes, nous pourrions ajouter tous ceux qui déclarent qu'il ne peut y avoir dot que quand il y a mariage, et qui concluent à la restitution de la dot quand le mariage en vue duquel elle a été fournie est nul ou ne se conclut pas (1). Ils n'affirment pas seulement qu'il existe un rapport nécessaire entre la dot et le mariage et que l'une ne peut être que l'accessoire de l'autre : sous le mariage, il faut découvrir les charges qui en résultent.

(1) Lois 21, 22, 40, 41, § 1, 43 pr. et § 1, Dig. xxiii, 3.

Tous ces textes qui, à défaut de mariage, concluent à la répétition de la dot, sont des applications de la loi de Tryphoninus : *Nisi matrimonii oneribus serviat, dos nulla est.*

La destination de la dot aux charges du mariage apparaît surtout dans la manière dont le mari gagnait les fruits des biens constitués en dot. Quand la dot fut restituable à la femme, le mari, qui en était propriétaire, en était en même temps débiteur au moins éventuel; il ne gagnait définitivement que les fruits des biens dotaux, qui étaient pour lui la compensation des charges du mariage (1); mais il ne les gagnait qu'en proportion du temps où ces charges l'avaient grevé. On peut présenter de cette idée plusieurs applications intéressantes.

Si la dot a été constituée et payée avant le mariage, les fruits produits par les biens dotaux, dans l'intervalle du paiement de la dot au mariage, sont eux-mêmes dotaux, c'est-à-dire qu'ils s'ajoutent au capital dont la femme obtiendra la restitution. (Loi 7, § 1, D. xxiii, 3.) La convention peut en décider autrement et attribuer au mari les fruits de la dot antérieurs au mariage; il y a là une donation de la femme à son futur mari, laquelle est valable comme ayant eu lieu avant le mariage.

A partir de la conclusion du mariage, les fruits de la dot sont acquis au mari. Cela ressort de la loi 77 (xxiii, 3) : une femme, épousant son débiteur, lui a constitué en dot la créance productive d'intérêts qu'elle avait contre lui; du jour de la conclusion du mariage, cette créance cessera de produire intérêts. Le jurisconsulte en donne ce motif que l'obligation primitive est

(1) Loi 7, pr., D., de *Jur. dot.*, xxiii, 3; loi 20, Cod., de *Jur. dot.*, v, 12.

éteinte, et que le mari est censé avoir payé à la femme ce qu'il lui devait (1). Mieux vaut dire que les intérêts de la créance constituée en dot sont acquis au mari à partir du jour où les charges du mariage lui incombent; comme il est débiteur de ces intérêts, il cessera de les payer.

La correspondance des fruits et intérêts des biens dotaux aux charges du mariage apparaît comme si essentielle, que les interprètes ont oublié parfois que la convention des parties pouvait l'écarter. La loi 69, § 1 (xxiii, 3) nous apprend qu'une femme peut constituer au mari, avec un certain capital, les intérêts qu'il doit produire; ces intérêts accumulés devront lui être restitués à la dissolution du mariage, et le bénéfice réalisé par le mari se réduira ainsi aux intérêts des intérêts (2). Cette convention, qui détourne les fruits de la dot de leur destination, a paru choquante à Cujas, qui a voulu, en introduisant une négation dans la loi 69, § 1, y lire le contraire de ce qu'elle dit. C'est une erreur. Nous rencontrons un autre texte (Loi 4, *de Pact. dot.*; D. xxiii, 4), dans laquelle Ulpien affirme la validité de cette clause, à l'encontre de Marcellus, qui la déclarait nulle. Mais elle doit être antérieure à la conclusion du mariage, sans quoi elle constituerait une donation entre époux, et serait nulle comme telle (3).

Toutefois, en droit romain, le rapport des revenus de la dot aux charges du mariage n'allait pas jusqu'à faire admettre que les intérêts d'une dot promise et non en-

(1) Si cette explication était exacte, ne serait-ce pas du jour de la constitution de dot, et non pas seulement du jour du mariage, que les intérêts cesseraient de courir?

(2) Convention particulièrement pratique, quand la dot consiste en un usufruit. (Loi 7, § 2, xxiii, 3.)

(3) Loi 21, § 1, *de Don. int. vir et ux.*, xxiv, 1; loi 28, *de Pact. dot.*, xxiii, 4. — Je pense que, dans cette loi 28, le jurisconsulte Paul n'annule la convention qui réserve à la femme les intérêts de la dot que si

core payée seraient dus de plein droit à compter du mariage. Aucun texte ne contient une semblable décision, que le caractère onéreux de l'acquisition du mari ne suffirait pas à justifier. La loi 69, § 3 (xxiii, 3) suppose d'ailleurs que les intérêts de la dot ont été expressément promis : promesse inutile, s'ils étaient dus de plein droit.

Ce texte nous fournit une preuve bien précise de la destination de la dot aux charges du mariage : une dot ayant été promise, les intérêts de cette dot ont fait l'objet d'une promesse distincte et seront dus dans l'intervalle du mariage à la prestation effective de la somme constituée en dot. Mais si la femme, *deducta in domum mariti absentis*, y a vécu à ses frais, le mari ne pourra exiger les intérêts qui lui ont été promis, parce qu'ils devaient servir à l'entretien de la femme. Cette décision ne pouvait pas être étendue, et si la dot avait été payée lors de la conclusion du mariage, la femme qui aurait quelque temps vécu de ses propres ressources, dans la maison du mari, n'aurait pu prétendre que les fruits et intérêts correspondant à ce temps lui fussent restitués avec le capital de la dot. La loi 69, § 3, restreinte à l'espèce qu'elle prévoit, n'en établit pas moins la correspondance de la dot aux charges du mariage.

Pour mettre cette idée en pleine lumière, il nous reste à commenter deux maximes dues au jurisconsulte Paul, dont l'importance est capitale.

La première forme la loi 1 au titre *de Jure dotium* ; nous en retiendrons simplement les premiers mots :

elle est faite au cours du mariage. On pourrait cependant prétendre, à voir comment le texte est rédigé, qu'il déclare nulle, non pas la convention qui interviendrait pendant le mariage, pour attribuer à la femme les fruits de la dot, mais la convention, même antérieure au mariage, qui lui donnerait droit aux fruits que doit produire la dot après le mariage conclu : « Post nuptias vero, quum onera matrimonii fructus relevaturi sunt, jam de suo maritus paciscitur. »

Dotis causa perpetua est. Non seulement la portée exacte de cette proposition est incertaine au point de vue juridique, mais son sens littéral lui-même est difficile à fixer (1); elle veut dire que « la dot est pour le mari une cause perpétuelle d'acquisition. » La justification de cette dernière proposition n'est plus à faire; elle a été présentée par MM. Bechmann et Czyhlarz (2), et M. Gide (3) l'a reprise pour donner à la théorie des deux savants professeurs allemands une formule précise et scientifique. Bien que la dot fût éventuellement restituable à la femme, on pouvait toujours dire que la constitution de dot était, de sa nature, une cause d'acquisition perpétuelle. Mais si l'on est d'accord sur le sens de la maxime de Paul, l'entente ne semble pas faite sur le motif qui l'explique. Suivant M. Tessier (4), il n'y faut voir qu'une application et une conséquence du principe qu'une tradition basée sur une *perpetua causa* transférerait seule la propriété; pour rendre le mari propriétaire, on ne pouvait l'investir que d'un droit perpétuel. M. Czyhlarz démontre que la dot est de sa nature perpétuelle et qu'elle demeura telle après que fut admis le droit de la femme à sa restitution, mais il ne nous dit pas pourquoi elle fut perpétuelle dès son origine; il semble admettre qu'une attribution définitive de certains biens au mari était l'exacte compensation des charges, mêmes temporaires, dont il était grevé (5).

(1) Tant que la dot n'était pas restituable à la femme, cette formule pouvait être prise à la lettre; c'est après l'admission de l'action dotale que sa justification est plus difficile.

(2) BECHMANN, *Das römische Dotalrecht*. CZYHLARZ, *Das römische Dotalrecht*.

(3) *Du Caractère de la dot en dr. rom.*, Rev. de lég. fr. et étr., 1872.

(4) *Questions sur la dot*, p. 12, note 4.

(5) *Op. cit.*, § 16 : « L'existence des charges n'est donc nécessaire qu'au moment de la formation de la dot, mais non pendant toute la durée de celle-ci. »

M. Gide, au contraire, explique la perpétuité de la dot par la perpétuité même des charges auxquelles elle correspondait. « La dot est destinée à subvenir aux frais du mariage ; mais, chez nous, ces charges et cette destination sont temporaires ; à Rome, elles étaient perpétuelles (1). » Ainsi, M. Gide marque le rapport étroit de la dot aux charges du mariage. La dot est perpétuelle, parce que les charges du mariage, qui en sont la cause, sont perpétuelles.

Une autre loi affirme en termes encore plus catégoriques la correspondance de la dot aux charges du mariage : *Ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt*. (Loi 56, § 1, xxiii, 3.) Cette maxime peut avoir deux sens : elle peut signifier que la dot doit être constituée à celui qui supporte les charges du mariage, et qui n'est pas nécessairement le mari ; elle peut vouloir dire que si les charges du mariage viennent à se déplacer, la dot doit passer dans le patrimoine de celui à qui elles incombent. C'est cette seconde signification que Paul a eue en vue : faisons cependant ressortir la justesse de la première idée.

Nous savons que, par suite de l'organisation de la famille romaine, c'était au *paterfamilias* qu'incombait la charge de pourvoir aux besoins de la famille ; c'était donc à lui que devait être constituée la dot, quand un fils de famille se mariait. Cette solution s'imposa tout le temps que les personnes en puissance ne purent avoir de biens en propre ; elle demeura vraie après l'admission des pécules, et la dot continua à appartenir au *pater*, comme les charges du mariage du fils à peser sur lui (2).

(1) *Du Caractère de la dot*, p. 502, édit. Esmein.

(2) Loi 16, de *Pec. castr.* (xliv, 17). — M. PELLAT, commentant la loi 45, D. (xxiii, 3), suppose qu'une femme qui épouse un fils de famille,

Quand les fils de famille eurent des biens adventices, la dot y fut comprise ; mais c'était au *paterfamilias*, qui avait l'administration et la jouissance des biens adventices, y compris les biens constitués en dot, qu'incombait le devoir de pourvoir aux besoins de la famille. (Loi 8, §§ 4 et 5, au Code, vi, 61). C'était là une hypothèse exceptionnelle, où la jouissance des biens dotaux appartenait seule à la personne qui supportait les charges du mariage ; mais il n'y avait là qu'un résultat transitoire amené par les règles des biens adventices, et la propriété même des biens dotaux n'en était pas moins affectée aux charges du mariage.

Supposons maintenant que les charges du mariage, après avoir grevé une personne, viennent à peser sur une autre ; la dot se déplacera-t-elle avec les charges qui sont sa cause ? Les textes nous présentent plusieurs hypothèses où il en est ainsi ; mais faut-il y voir les applications d'un principe général suivant lequel la dot doit toujours appartenir à celui auquel incombent les charges du mariage ?

Aux termes de la loi 56, § 2 (xxiii, 3), les charges du mariage contracté par un fils de famille pèsent sur lui, quand son *pater* vient à mourir. Il semble qu'en ce disant, Paul veuille indiquer une application de l'idée qu'il a formulée dans le paragraphe précédent ; et, en effet, le fils de famille prélève dans la succession de son *pater*, à l'aide de l'action en partage, la dot de sa femme ; s'il a été exhéredé, il la recueille

son débiteur, et qui constitue en dot la créance qu'elle a contre lui, peut aussi bien faire la constitution de dot au fils de famille qu'elle épouse qu'à son *pater* : la diction pourrait être faite au père ou au fils. Je n'en crois rien : ce qui est vrai, c'est que la femme, constituant la dot au *pater* de son mari, peut aussi bien y comprendre la créance qu'elle a contre le fils que celle dont le père est tenu vis-à-vis d'elle *de peculio*.

par la même action qui lui est ouverte *utiliter* (1).

La loi 65, § 16, et la loi 66 *Pro socio*, D. (xvii, 2), donnent la même solution dans une espèce analogue : un mari qui a contracté avec des étrangers une société de tous biens dans laquelle est tombée la dot de sa femme a le droit de prélever cette dot lors du partage de l'actif social, si la société a pris fin avant la dissolution du mariage ; il la prélève encore quand le mariage a cessé après la dissolution de la société, mais dans des conditions telles que la dot soit restituable.

Aucun texte ne nous dit en cas d'émancipation ou de *datio in adoptionem* d'un fils de famille marié, que la dot soit attribuée à l'émancipé ou à l'adoptant. M. Pellat semble l'admettre sans difficulté ; il reconnaît à la maxime de Paul la valeur d'un principe général. Mais il fait intervenir dans notre question un texte qui, tel qu'il l'interprète, me paraît ne pas s'y rapporter. Aux termes de la loi 45 *de Adopt.* (i, 7), « *onera ejus qui in adoptionem datus est, ad patrem adoptivum transferuntur.* » M. Pellat considère qu'il s'agit dans ce texte d'un *sui juris* qui se donne en adrogation ; et, à la suite de Pothier, il observe que les charges dont il est ici question ne peuvent être les dettes de l'adrogé, puisque la *capitis deminutio* les a éteintes, mais qu'il s'agit de la charge

(1) Lois 20, § 2, et 51 pr., D., *Fam. ercis.* (x, 2) ; loi 1, § 9, *de Dote præl.* ; Add. loi 46, *Fam. ercis.*, qui prévoit qu'un fils de famille, institué héritier sous condition par son père, est poursuivi par sa femme divorcée en restitution de la dot : si le divorce est survenu après la mort du père, le fils peut, sans attendre l'arrivée de la condition, prélever la dot, puisqu'il en aurait le droit même s'il avait été exhéredé ; il la prélèvera donc et la restituera à la femme, en tout ou en partie, suivant les règles de l'action dotale. Que si le divorce survient antérieurement à la mort du père, le mari, qui n'aura pas un seul instant supporté les charges du mariage, ne pourra prélever la dot ; l'action dotale sera alors exercée par la femme contre les héritiers de son beau-père, et contre le mari en particulier, si la condition mise à son institution se réalise. L'action de la femme est donc tenue en suspens jusqu'à l'arrivée de cette condition.

de sa personne, et, s'il est marié, de la charge de sa famille. Or, en cas d'adrogation, la dot de la femme de l'adrogé passe à l'adrogeant avec le reste de sa fortune ; l'acquisition de la dot par l'adrogeant n'est donc pas une compensation des charges qu'il assume. De cette situation, M. Pellat tire cependant l'occasion d'affirmer la correspondance de la dot aux charges du mariage ; il semble dire que l'adrogeant supporte ces charges parce qu'il a acquis la dot : mais cette idée ne me paraît pas plus exacte que celle qui ferait découler l'acquisition de la dot du fait d'avoir assumé les charges : il y a là deux effets distincts et indépendants que produit directement l'adrogation.

Nous rentrons dans la question qui nous occupe, si nous supposons que la loi 45, comme ses termes semblent l'impliquer, se réfère à la *datio in adoptionem* d'un *alieni juris*. La charge de la personne de l'adopté, et, à certaines conditions, les charges de son mariage (1) grèvent l'adoptant. Pourra-t-il obtenir la dot ? La même question se pose en cas d'émancipation.

On a contesté que la loi 56, § 1, énonçât une règle générale ; on a voulu n'y voir qu'une formule résument des solutions particulières imposées par des textes précis, et non un principe qui pût être généralisé. M. Czyhlarz (2) est arrivé à cette conclusion en étudiant les hypothèses qui présentent l'application de cette formule. Il a observé que la personne à qui les charges du mariage étaient imposées et qui réclamait la dot en compensation ne se servait pas d'une action spéciale,

(1) Pour éviter toute complication, il faut supposer, d'une part, que la femme de l'adopté n'est pas *in manu*, et, d'autre part, qu'il n'est pas encore né du mariage d'enfants qui resteraient dans la famille de leur grand-père.

(2) *Op. cit.*, § 4, p. 24-29.

mais de l'action *familiæ erciscundæ*, de l'action *pro socio*; et spécialement, que l'enfant exhérédé n'obtint qu'assez tard l'action *familiæ erciscundæ* utile qui lui permettait de reprendre la dot dont il avait été privé jusque-là. Bien plus, si l'on suppose qu'un enfant exhérédé ou émancipé a reçu un legs égal au montant de la dot de sa femme, il est, comme tout légataire, exposé à la réduction suivant les règles de la quarte Falcidie (1). L'attribution de la dot au fils de famille devenu *sui juris* était le résultat de considérations d'équité; c'était l'objet d'une opération accessoire au partage, qui réalisait imparfaitement le but visé; il n'y avait pas là au profit du mari un droit précis, car ce droit aurait été sanctionné par une action spéciale (2).

Dans l'hypothèse où la dot était prélevée par un mari *socius* à raison des charges qui lui incombaient, le but que la loi se proposait n'était qu'incomplètement atteint. Quand le mariage était dissous lors du partage de la société dont le mari faisait partie, la dot était partagée entre les associés, si elle n'était pas restituable à la femme; elle était comprise dans le partage pour une fraction seulement, quand elle devait être partiellement restituée. Ainsi, quand le mari exerçait une *retentio*, la portion de la dot qu'il obtenait demeurait à la société; et c'était le surplus seulement qu'il prélevait, pour le rendre à la femme. En conséquence, le mari qui avait exercé la *retentio propter liberos*, et sur lequel les charges du mariage continuaient à peser, ne gardait pas le bénéfice exclusif des valeurs qu'il ne restituait pas; elles étaient attribuées à la société.

(1) Lois 1, § 13, et 7, § 2 D., de *Dote præl.*, xxxiii, 5.

(2) On peut encore observer que le mari, en prélevant la dot, donnait *cautio* à ses cohéritiers, leur assurant que l'action dotale ne serait pas dirigée contre eux, ou du moins qu'ils n'en subiraient aucun préjudice.

Ainsi donc, il s'en faut, dans les hypothèses mêmes où la loi semble consacrer cette solution, que la dot soit mise au patrimoine de celui qui supporte les charges du mariage. Nous serions donc en présence de décisions particulières déduites de l'équité (1); des textes formels auraient voulu lui donner satisfaction par des moyens détournés et très imparfaits, dans les hypothèses les plus pratiques. La formule : *Dos ibi esse debet ubi onera matrimonii sunt*, ne serait pas un principe général.

Cette maxime, ajoute M. Czyhlarz, s'il fallait lui reconnaître l'importance d'un principe, se heurterait d'ailleurs à un autre principe, celui de la perpétuité de la dot. La dot est définitivement acquise à celui auquel elle a été primitivement constituée; le déplacement des charges du mariage, pas plus que leur disparition, ne doit priver de la dot celui qui l'a une fois acquise. Cet argument qui domine tous les autres, cette considération qui a été le prétexte, l'occasion du système défendu par M. Czyhlarz, repose, selon moi, sur une fausse interprétation du principe de la perpétuité de la dot : elle était, nous dit-il, définitivement acquise au mari en vue des charges temporaires qu'il assumait. C'est là une erreur que j'ai signalée plus haut, en observant que, sur ce point, M. Gide avait plus exactement pénétré le véritable motif de la perpétuité de la dot. Elle était pour le mari une cause d'acquisition perpétuelle, parce que les charges auxquelles elle correspondait étaient elles-mêmes perpétuelles; elles ne prenaient pas fin quand le mariage cessait, mais subsistaient sous une autre forme : le soin de l'éducation des enfants continuait à peser sur le père, et lui seul pouvait leur transmettre,

(1) Les mots *nec immerito* de la loi 20, § 2, *Fam. ercisc.* (x, 2), en seraient la preuve.

dans son hérédité, les biens constitués en dot. Conserver les biens au mari, après le mariage dissous, c'était leur maintenir leur destination ; mais laisser la dot à la personne qui l'a primitivement reçue, alors qu'elle ne supporte plus les charges du mariage qui dure encore ; refuser le prélèvement de la dot au mari auquel elle était, en définitive, adressée, ce n'est pas obéir au motif pour lequel il gardait la dot, quand le mariage prenait fin ; c'est aller directement à l'encontre. Donc, quand les charges du mariage cessaient de peser sur la personne qui en avait d'abord assumé le fardeau, et entre les mains de laquelle la dot avait été versée, en principe, la dot passait dans le patrimoine de la personne à qui elles incombaient désormais. Il est certain que, dans deux séries d'hypothèses au moins, la loi a voulu ce résultat ; qu'elle n'ait pas mis une action spéciale à la disposition des personnes qu'elle admettait à réclamer la dot, c'est assez conforme à la pratique romaine ; que le prélèvement de la dot fût imparfaitement assuré à celui qui y avait droit, c'est une conséquence de l'imperfection même des moyens dont il disposait pour l'obtenir. Nous devons donc reconnaître que notre loi 56, § 1, marque une étroite correspondance de la dot aux charges du mariage (1).

La destination de la dot résulte clairement des témoignages que nous venons de réunir ; nous pourrions encore les multiplier. Il est manifeste qu'elle avait pour but d'aider le mari à supporter les charges dont il était grevé. On a voulu assigner d'autres utilités à la consti-

(1) Toutefois, dans le silence des textes, il serait peut-être téméraire de soutenir que l'adoptant pouvait se faire attribuer la dot de la femme de l'adopté, et l'émancipé réclamer la dot de sa femme ; mais rien non plus ne nous permet d'affirmer, comme fait M. Czyhlarz, qu'ils n'avaient certainement pas ce droit.

tution de dot ; on y a vu un moyen de faire passer aux enfants nés du mariage tout ou partie de la fortune de leur mère. Mais c'était là un résultat que la dot procurait sans qu'il fût visé. A l'époque où se forma la théorie de la dot romaine, on n'apercevait pas les inconvénients du système qui n'admettait pas les enfants à la succession de leur mère. La dot ne fut pas instituée pour corriger cette institution défectueuse, mais elle en atténua les inconvénients avant qu'ils se fussent fait sentir : bien loin d'avoir été dirigée contre la loi successorale, elle retarda le moment où on dut la réformer. Mais la vocation des enfants à la succession de leur mère devint nécessaire quand la restitution de la dot se fut généralisée.

II

Que la dot fût affectée aux charges du mariage, en était-ce assez pour prétendre qu'elle était acquise au mari à titre onéreux ? Nous rencontrons des textes qui, de prime abord, feraient incliner vers l'affirmative : plusieurs lois comparent expressément la constitution de dot à une vente, et le mari à un acheteur. Un débiteur, nous dit la loi 8, § 13 D., *Quib. mod. pignus*, a pu valablement constituer en dot un bien que son créancier lui avait permis de vendre : *vendidisse videtur, propter onera matrimonii*.

La loi 19 D., *de Obl. et act.*, XLIV, 7, et la loi 2 C., *eod. tit.* IV, 10, assimilent également le mari à un acheteur (1).

(1) Cf. loi 47, D. XVII, 4. A tous ces textes, nous pourrions ajouter ceux qui, sans qualifier le mari d'acquéreur à titre onéreux, d'acheteur, appliquent à la constitution de dot vis-à-vis de lui les conséquences des

A examiner ces textes de plus près, on voit qu'ils font seulement au mari la situation d'un acquéreur à titre onéreux, qu'ils le traitent comme un acheteur ; mais ils ne veulent nullement dire que la constitution de dot doive s'analyser comme une vente. C'est ce qu'ont prétendu à tort plusieurs interprètes du droit romain, et spécialement des jurisconsultes allemands. Pour refuser à l'acquisition du mari le caractère de gratuité, on observe fréquemment que les charges du mariage, absorbant réellement ou pouvant absorber la dot dont elles sont la compensation, le mari est réputé ne réaliser aucun enrichissement. Il manquerait donc à la constitution de dot un élément essentiel pour qu'on y pût voir une donation, à savoir ce que les Romains appelaient le *lucrum merum*.

Cette observation dénote un examen peu attentif des textes qui décrivent les effets de la constitution de dot vis-à-vis du mari. Celui-ci, prétend-on, ne fait pas de *lucrum merum*. Et, cependant, les lois romaines nous disent de la dot, dans les hypothèses où elle restait au mari après le mariage dissous : *Lucro mariti cedit*. Les règles des donations n'étaient pourtant pas appliquées à son acquisition. Bien plus : le titre de *Pactis dotatibus*, au Digeste, nous décrit un pacte d'un usage fréquent, par lequel le constituant de la dot assurait au mari le droit de la conserver dans telle hypothèse où les règles de l'action dotale l'auraient astreint à restituer : à ce pacte ne correspondait pas une dénomination précise. Or, il y a tel interprète du droit romain qui déclare que, faute de *lucrum*, le mari est un acquéreur à titre onéreux, qui adopte la même solution quand le

actes à titre onéreux. Quant aux textes qui traitent le mari comme un acheteur, parce que la dot lui a été remise avec estimation, ils ne peuvent pas être invoqués utilement.

pacte dont nous parlons a été conclu, et qui, cependant, se sert, pour le désigner, de l'expression de *pactum de lucranda dote* ⁽¹⁾.

Ces simples rapprochements suffisent à nous montrer que l'opinion d'après laquelle le mari auquel une dot était constituée ne faisait aucun *lucrum* n'est conforme ni aux termes dont se servaient les lois romaines pour désigner son acquisition, ni aux termes qu'ont inventés les interprètes mêmes qui voient dans le mari un acquéreur à titre onéreux. Voici donc à quelles conclusions il est sage de se ranger : La constitution de dot procurait souvent au mari un avantage très appréciable, un pur bénéfice ; mais son acquisition était, en tous cas, susceptible d'être absorbée par les charges qu'il assumait. Pour rendre la dot plus apte à remplir son but, qui était de faciliter les mariages, la pratique assure au mari une situation presque aussi stable que celle d'un acquéreur à titre onéreux ; et cela, sans distinguer suivant que les charges du mariage conclu équivalent ou non à la dot qui sert à les acquitter ; sans attacher d'importance à cette circonstance que ces charges, étant bien plutôt morales que juridiques, ne peuvent pas, logiquement, être considérées comme l'équivalent d'un bénéfice pécuniaire. Le mari est digne de la faveur de la loi, par cela seul qu'il s'est placé dans une situation d'où résultent pour lui des devoirs qu'il doit avoir à cœur de remplir.

Ainsi se trouvent justifiées pleinement les décisions des lois romaines. Nous pourrions nous en tenir là et conclure en observant que l'acquisition du mari apparaît plutôt comme gratuite. Mais quelques interprètes ont cru découvrir dans la constitution de dot les élé-

(1) CZYHLARZ, *Op. cit.*, § 127, p. 440.

ments d'un acte à titre onéreux, et force nous est d'examiner d'assez près les arguments qu'ils ont fait valoir. Ils distinguent habituellement suivant que la dot a été constituée par la femme ou par un tiers en son nom.

Les auteurs s'accordent, pour la plupart, à reconnaître à la constitution de dot émanant de la femme le caractère d'un acte à titre onéreux; mais ils n'analysent pas tous l'opération de la même manière. Nous avons dit qu'à l'origine du droit romain, les charges du mariage pesaient exclusivement sur le mari; on n'aurait pas compris que la femme en fût grevée. Comment donc eut-on l'idée de lui imposer une contribution à des charges qui ne pesaient pas sur elle? C'est que, si dans les idées primitives la femme était censée n'avoir pas d'intérêt au mariage, en fait, elle était la première à en profiter : elle trouvait dans la maison du mari une position honorable; elle partageait sa situation sociale et jouissait de sa fortune. N'était-il pas naturel qu'on exigeât d'elle un apport destiné à augmenter le bien-être de la famille, à alléger les charges que portait le mari? Cet apport, cette contribution de la femme était d'autant plus légitime, qu'en cas de *conventio in manum*, toute sa fortune s'absorbait dans celle du mari. C'est ainsi que la constitution de dot fut imposée par l'usage et devint presque nécessaire.

Mais comment fallait-il analyser l'opération intervenue entre le mari et la femme, et comment pouvait-on lui reconnaître le caractère d'un acte à titre onéreux? Plusieurs opinions sont en présence.

D'après M. de Savigny, la femme aurait été dans l'obligation naturelle de se doter. L'acquiescement d'une obligation, même naturelle, ne peut jamais être un acte gratuit; en se dotant, la femme ne s'appauvrit pas, puisqu'elle s'exonère d'une obligation. A l'appui de son opi-

nion, M. de Savigny cite la loi 32, § 2, D. *De cond. ind.* (xii, 6); il y est parlé d'une femme qui a constitué une dot qu'elle croyait devoir, et à qui la répétition n'est pas ouverte : *Sublata enim falsa opinione, relinquitur pietatis causa*. On ne peut guère démêler dans ce texte s'il y est question d'une femme qui constitue une dot à son mari, ou d'une mère qui constitue une dot au mari de sa fille : il est donc très incertain que la femme fût dans l'obligation de se doter (1).

M. Czyhlarz admet aussi l'existence d'une obligation naturelle ; il ne la motive pas par les avantages dont le mariage est l'occasion pour la femme, mais il prétend que se doter était pour elle un devoir de convenance, que les mœurs et les usages lui en faisaient une obligation ; car, en pareille matière, les usages reçus sont impératifs et obligatoires (*Op. cit.*, § 16).

(1) SAVIGNY, *Traité du dr. rom.* Trad. Guenoux, IV, p. 55 et 59. M. de Savigny indique encore un autre motif pour lequel la constitution de dot n'est pas entre le mari et la femme un acte à titre gratuit (p. 83 et suiv.). Ce n'est pas seulement parce que la femme s'acquitte d'une obligation naturelle, mais parce que l'enrichissement qu'elle procure au mari apparaît comme une suite immanquable des rapports de famille ; l'intention généreuse fait donc défaut chez elle. Quand un époux partage gratuitement avec son conjoint l'usage d'une maison ou d'un autre bien, ce partage qui, entre étrangers, pourrait constituer une donation, n'en est pas une entre époux, car il résulte nécessairement de la vie commune. (Lois 18, 28, § 2, et 31, § 1; xxiv, 1.) « Supposons deux époux vivant d'aumônes ; la femme recueille un riche héritage et le donne en dot à son mari : ce dernier se trouve certainement enrichi, puisque désormais il jouit d'une fortune indépendante. Néanmoins, ce n'est pas là une donation prohibée entre époux, car cette jouissance résulte nécessairement de la vie commune qui est de l'essence du mariage. » Il n'y a là que l'exagération d'une idée qui peut parfois être exacte, mais qu'il faut se garder de pousser à l'extrême ; en raisonnant ainsi, on en arriverait à nier la possibilité de l'existence des biens paraphernaux. Si la constitution de dot n'est pas une donation prohibée, ce n'est nullement parce que les biens dotaux auraient été acquis au mari par suite de la vie commune ; c'est parce que la loi estime qu'ils sont, par la constitution de dot, acquis au mari à titre onéreux. La question est justement de savoir comment on peut découvrir dans cet acte les éléments d'un acte à titre onéreux.

Si je voulais défendre le caractère onéreux de l'acquisition du mari, je proposerais, pour en rendre compte, d'analyser autrement la constitution de dot. Sans supposer qu'il naît du mariage, à la charge de la femme, une obligation de se doter, ne pourrait-on pas admettre qu'il intervient entre les époux un contrat, une sorte de marché, la femme procurant au mari les ressources nécessaires pour parer aux besoins de la famille, et se ménageant ainsi les avantages d'un établissement par mariage ?

Aucune de ces explications n'est pleinement satisfaisante. L'existence d'une obligation naturelle qui grèverait la femme est plus qu'incertaine; c'est une hypothèse qui n'est plus guère défendue aujourd'hui. Et qu'est-ce donc que cette obligation de constituer une dot au mari, imposée à la femme par les mœurs et l'usage, et à laquelle M. Czyhlarz attache tant d'importance ? Nous avons dit ailleurs, et nous reviendrons sur ce point en détail, que les charges du mariage ne pesaient pas sur la femme; comment admettre, dès lors, qu'elle fût tenue d'y contribuer ? Tout au plus faudrait-il décider qu'elle devait au mari une compensation, à raison des avantages qu'elle retirait personnellement du mariage. Mais, avec cette idée, on n'arrive pas à la perpétuité de la dot, à l'attribution définitive des biens dotaux au mari à raison des charges qui peuvent le grever, même après la dissolution du mariage.

L'idée d'une sorte de marché intervenu entre la femme et le mari me semblerait plus acceptable; la femme fait acquérir au mari des biens et des droits, et celui-ci lui procure en échange la situation enviée de femme mariée. Pour le déterminer au mariage, la femme, par l'attribution définitive de certaines ressources, le met à même de pourvoir aux besoins de la fa-

mille. Toutefois, il ne faut pas oublier qu'à Rome, la dot pouvait être constituée et augmentée au cours du mariage. La constitution de dot intervenant pendant le mariage, on ne pouvait pas dire qu'elle avait déterminé le mari à en assumer les charges ; certains effets des actes à titre onéreux y étaient cependant attachés. A ce point de vue, il faut reconnaître que l'idée d'une obligation dont eût été tenue la femme à l'égard du mari, et dont elle aurait pu s'acquitter même après le mariage conclu, rendrait mieux compte du caractère onéreux de la constitution de dot intervenue pendant le mariage. Que si l'on voit dans la constitution de dot une sorte de contrat synallagmatique, et comme un marché entre la femme et le mari, il faudra décider que le mari auquel une dot ou un supplément de dot est fourni pendant le mariage est tenu d'acquitter autrement, de remplir plus complètement les charges auxquelles il s'était soumis en se mariant.

Il est donc difficile d'expliquer exactement comment et pourquoi la constitution de dot provenant de la femme n'était pas un acte à titre gratuit : pour faire admettre que le mari est l'ayant cause à titre onéreux de sa femme, il faut analyser de plusieurs manières différentes et contradictoires l'acte intervenu entre les époux. Est-il besoin d'ailleurs de voir dans la constitution de la dot émanant de la femme un acte à titre onéreux ? Et quand on défend cette opinion pour justifier les effets qui sont attachés à cet acte, ne va-t-on pas au delà du but qu'on se propose d'atteindre. La constitution de dot, même quand la femme y a procédé, n'entraîne pas tous les effets d'un acte à titre onéreux ; en particulier, elle ne donne pas lieu à garantie d'éviction. Il n'est donc pas téméraire de dire qu'en définitive, c'était là un acte gratuit de sa nature, auquel la loi avait attaché les

effets des actes à titre onéreux dans la même mesure et pour les mêmes motifs qu'à la constitution de dot émanant d'un tiers.

Dans cette dernière opération, en effet, il est impossible, quoiqu'on fasse, de découvrir les éléments d'un acte à titre onéreux. La dot est destinée à l'acquittement des charges du mariage; le bénéfice réalisé par le mari peut être tout entier absorbé par les obligations qui lui incombent. Mais le constituant de la dot n'a rien reçu en échange des biens dont il s'est dépouillé; il ne bénéficie dans aucune mesure des charges dont le mari s'acquitte; il s'est appauvri comme un donateur. C'est bien plutôt la nature d'un acte à titre gratuit qu'il faut attribuer à l'opération.

On a contredit cette manière de voir; on a observé que la constitution de dot émanant d'un tiers ne pouvait être comparée à une donation qu'une personne généreuse, n'ayant en vue que l'intérêt du mari, lui faisait à l'occasion de son mariage, pour lui permettre d'en supporter les charges. Il n'y a là qu'une donation, un acte gratuit ordinaire, bien que la libéralité soit subordonnée à la conclusion du mariage, et que les besoins de la famille doivent en absorber l'émolument. Seule, la constitution de dot produit les effets d'un acte à titre onéreux; ce qui la caractérise, ce n'est pas seulement sa destination aux charges du mariage, c'est en même temps sa provenance : elle ne peut provenir que de la femme ou d'un tiers en son nom, d'un tiers qui, en donnant au mari, a entendu doter la femme (1). L'acte

(1) Tous les textes qui ont trait à une constitution de dot émanant d'un tiers disent que la dot est constituée *pro filia, mulieris nomine*. Jamais on n'aurait dit à Rome que la dot était constituée à la femme; elle était constituée au mari par la femme, ou au nom de la femme, qui se trouvait ainsi dotée.

intervenue entre le mari et la femme est onéreux, a-t-on observé (1); or, quand un tiers y procède, il faut voir derrière lui la femme qui acquitte une obligation, ou qui détermine le mari à assumer des charges dont elle profitera. L'acte est toujours le même (2).

Cette argumentation est plus spécieuse que solide. Sans doute, la dot ne peut provenir que d'un tiers qui a en vue l'intérêt de la femme, qui fait ce que la femme ne peut faire elle-même; mais c'est ce tiers, et lui seul, qui traite avec le mari; ce sont ses biens qu'il abandonne: et comme il ne reçoit aucune compensation, ni du mari ni de la femme au nom de laquelle il agit, il est incontestable qu'il s'appauvrit.

Le mari cependant mérite plus de ménagements qu'un donataire ordinaire; il s'est placé dans une situation d'où résultent pour lui des charges qu'il a à cœur de remplir, dont les mœurs lui imposent l'accomplissement. C'est pour donner à son acquisition une stabilité plus grande, qu'on a attaché à la constitution de dot certains effets des actes à titre onéreux, qu'elle ne comportait pas de sa nature, mais qui s'expliquent et se légitiment sans peine, puisque la situation du mari est à peu près celle d'un acquéreur à titre onéreux. Mais le tiers constituant est de son côté un véritable

(1) C'est là un point auquel nous n'avons d'ailleurs pas souscrit.

(2) M. CZYHLARZ, *Op. cit.*, § 10, p. 57, raisonne d'une manière un peu différente. Il estime que la femme est dans l'obligation de se doter; quand un tiers acquitte en son nom cette obligation, « il y a quelque chose d'analogue au paiement d'une obligation d'autrui qui, malgré l'intention libérale du *solvens*, ne contient pas de donation pour le créancier. » La comparaison est inexacte; quand un tiers généreux paie la dette d'un débiteur qu'il veut gratifier, il fait à ce débiteur une donation égale au montant de la créance. La femme dotée, au contraire, n'est donataire du constituant que dans l'hypothèse où la dot lui est restituée, et dans la mesure de ce qu'elle en recueille. Ainsi donc, et à supposer même que la femme fût obligée de se doter, le tiers constituant ne pourrait être considéré comme ayant acquitté son obligation.

donateur, et voilà pourquoi on n'a pas fait découler de la constitution de dot toutes les conséquences des actes à titre onéreux ; on a seulement fait au mari une situation de faveur, toutes les fois que c'était possible sans causer un préjudice injuste au constituant (1).

Il ne faut donc pas s'y tromper : quand les jurisconsultes romains nous disent que les charges du mariage sont la cause de la dot, ils expriment simplement qu'elles absorbent le bénéfice acquis au mari, nullement qu'elles forment l'équivalent de l'aliénation consentie par le constituant ; ils ne voient pas dans l'opération un véritable contrat synallagmatique dans lequel les charges du mariage sont l'objet de l'obligation du mari, et la cause de l'obligation ou de la *datio* du constituant. Ce qui est vrai, c'est que la dot suppose nécessairement les charges du mariage ; qu'elle est constituée en vue, à cause de ces charges, *propter onera matrimonii* ; mais il n'y a rien là qui éveille l'idée de la cause telle qu'on la comprend dans les actes à titre onéreux, rien qui assigne à la constitution de dot une autre cause que la volonté généreuse du constituant.

Nous n'avons donc pas pu reconnaître à la constitu-

(1) Comme nous le disions en parlant de la dot constituée par la femme, reconnaître à l'opération, quand un tiers y procède, la nature même d'un acte à titre onéreux, serait dépasser le but qu'il faut atteindre, puisqu'elle n'en produit pas tous les effets, à savoir la garantie. M. Czyhlarz, qui soutient que le mari est un acquéreur à titre onéreux, énumère les différences qui séparent sa situation de celle d'un donataire (*Op. cit.*, § 18), mais sans mentionner la garantie, sous prétexte que la *promissio dotis* donne lieu à recours en cas d'éviction de la même manière qu'une donation, et qu'à cet égard il n'y a pas de différence entre la constitution de dot et la donation (p. 62, note 16). C'est un moyen trop facile d'éviter l'objection que nous présentons plus haut : si, exceptionnellement, la dot et la donation donnent lieu au même recours en cas d'éviction, au fond elles ne donnent ni l'une ni l'autre lieu à garantie, et, à ce point de vue, le mari diffère d'un acquéreur à titre onéreux.

tion de dot la nature d'un acte à titre onéreux (1); du moins nous avons dégagé le motif pour lequel on en a fait découler les conséquences des actes à titre onéreux. Nous indiquerons plus loin ces effets et ces conséquences; nous les présenterons tels que les textes les décrivent; car n'étant pas en présence d'un acte à titre onéreux, nous ne pouvons qu'enregistrer les décisions précises de la loi.

III

Bien que le caractère onéreux de la constitution de dot soit en quelque sorte artificiel, il n'est pas inutile d'observer que c'est à raison des charges auxquelles elles correspondent, que toutes les acquisitions réalisées par le mari sont traitées comme onéreuses. Le mari n'est jamais un donataire, même quand les règles de l'action *rei uxoriæ* ne l'astreignent pas à restituer la dot; il n'est même pas traité comme tel lorsqu'un pacte accessoire à la constitution de dot lui permet de garder la dot, alors qu'il aurait dû la rendre.

Il y avait assurément donation quand la femme, après

(1) Il ne faudrait pas dire, poussant cette idée à l'extrême, que la constitution de dot était une donation: le mot *donatio* n'avait pas à Rome un sens technique, et les textes l'emploient parfois pour désigner un acte auquel ne s'appliquaient pas les règles spéciales aux donations proprement dites; c'est ainsi que Gaius (Comm. I, § 94; III, § 20), parlant de la concession du droit de cité faite à un étranger, se sert du mot *donare*. Mais les lois romaines ne semblent pas admettre que ce mot puisse s'appliquer à la constitution de dot: « Non est ista donatio, quum pro oneribus matrimonii petantur (usuræ), » nous dit la loi 21, § 1 D., *de Don. int. vir. et ux.* (xxiv, 1). C'est seulement en droit français que la constitution de dot, malgré les effets qui y sont attachés, peut être qualifiée de donation; c'est que l'opération est très différente.

la dissolution du mariage, abandonnait à son mari ou à ses héritiers la dot qu'elle aurait pu réclamer. Au contraire, il n'y avait pas donation, quand le mari puisait son droit dans le pacte dont nous venons de parler (1). Un tel pacte ne pouvait jamais intervenir en prévision de la dissolution du mariage par le prédécès du mari, c'est-à-dire au profit de ses héritiers ; et le mari ne pouvait s'en prévaloir en cas de divorce, que s'il était né des enfants du mariage (2).

Pourquoi un tel pacte ne renfermait-il pas une libéralité (3) ? Quand il était consenti par le tiers constituant de la dot, on a dit que ce tiers ne se dépouillait de rien, mais qu'il se contentait de ne pas conférer à la femme le droit à la restitution de la dot dont il aurait pu l'investir. Cette argumentation me paraît inexacte : pour priver la femme du droit de reprendre la dot, il fallait que le constituant s'en ménagât la reprise ; puis, par le *pactum de lucranda dote*, qu'il attribuât au mari le droit qu'il s'était réservé. Il y a là, à mon sens, tous les éléments d'un acte à titre gratuit.

En tous cas, les éléments d'une donation se rencontraient assurément dans notre pacte, quand il était con-

(1) Les interprètes allemands du droit romain emploient pour le désigner l'expression de *pactum de lucranda dote*. Elle ne se rencontre pas dans les textes ; mais elle est assez exacte, puisque l'on disait à Rome de la dot qui restait au mari à la dissolution du mariage : *Lucro mariti cedit*.

(2) Lois 2 et 24, D., *de Pact. dot.*, xxiii, 4 ; loi 1, § 1, D., *de Dot. præl.*, xxxiii, 4, En cas de prédécès de la femme, le pacte pouvait être consenti par son *pater*, auquel l'action dotale appartenait, sans même qu'il fût né d'enfants du mariage.

(3) Les textes, à la vérité, ne nous disent pas qu'il y ait là pour le mari une acquisition à titre onéreux ; mais ce qui donne à penser qu'elle n'était pas gratuite, c'est qu'ils n'appliquent pas au pacte d'où elle découlait les règles des donations ; en particulier, jamais on n'a soutenu que ce pacte intervenu pendant le mariage, alors que la femme se dotait *de suo*, entraînât une libéralité entre époux, et dût, comme tel, être annulé.

senti par la femme qui avait elle-même constitué la dot, ou par son *pater*, qui pouvait reprendre par l'action *rei uxoriæ* la dot profectice, quand sa fille était morte dans le mariage. Ils se dépouillaient ainsi d'un droit dont ils étaient investis par la loi; ils s'appauvriisaient sans compensation.

Les charges qui grèvent le mari expliquent encore qu'il ne soit pas traité comme un donataire à raison du bénéfice que lui procure le pacte *de lucranda dote*. Pendant longtemps la dot lui avait été acquise à perpétuité, et les charges du mariage étaient une compensation suffisante de ce bénéfice, auquel on n'appliquait pas les règles des donations. Plus tard, la dot fut restituable à la femme, mais elle n'en demeura pas moins perpétuelle de sa nature. Quand la convention écartait la restitution dans un cas où elle aurait pu être exigée, aucune donation n'était faite au mari; la dot, conformément à sa nature, un instant méconnue, redevenait une cause perpétuelle d'acquisition. Si le mari, qui ne rend pas la dot en cas de prédécès de la femme, ne réalise aucun bénéfice, je me demande quel bénéfice il pourrait faire en gardant la dot en cas de divorce. C'était sous l'influence de considérations d'équité que la dot était restituée à la femme; des motifs plus puissants engageaient les parties à la conserver au mari. Il ne recevait pas une donation, car le pacte n'avait d'effet, en principe, que si les charges du mariage continuaient à peser sur lui, s'il était né du mariage dissous des enfants actuellement vivants (1).

(1) A la vérité, consenti par le *pater* de la femme, le pacte avait effet *etiam liberis non intervenientibus*; mais l'action dotale accordée au père étant moins explicable à son profit qu'au profit de la femme, on comprend qu'il ait pu plus facilement y renoncer et que sa renonciation n'ait pas constitué une donation.

On voit que ce n'était pas seulement aux acquisitions résultant de la constitution de dot que la considération des charges du mariage faisait attribuer les effets d'un acte à titre onéreux, bien que l'opération d'où ces acquisitions dériveraient fût, à proprement parler, gratuite (1).

(1) Il était, semble-t-il, une hypothèse où la constitution de dot ne pouvait assurément pas être considérée comme une donation faite au mari (ni même à la femme); c'était quand le constituant renonçait au bénéfice d'un legs ou d'une hérédité que le mari recueillait comme héritier plus éloigné ou comme substitué, ou quand il renonçait à un legs, le mari étant institué. Mais, dans cette hypothèse, pourvu que la renonciation fût intervenue au su du mari, le constituant était censé avoir accepté et avoir ensuite constitué en dot les biens recueillis. Toutefois, quand le père de la femme recourait à ce procédé, la dot, bien que provenant de lui, n'était pas profectice. (Loi 5, § 5. xxiii, 3. Cf. loi 14, § 3, de *Fundo dotali*, xxiii, 5.)

CHAPITRE II

LA FEMME EST DONATAIRE DU CONSTITUANT DE LA DOT

I

Quand la femme fut appelée à recueillir la dot à la dissolution du mariage, il est incontestable qu'elle fit un bénéfice qui jusque-là ne lui était pas attribué. Dès lors, on peut dire que, quand la constitution de dot émanait d'un tiers, il en résultait une double acquisition pour l'un et l'autre époux : l'une immédiate et nécessaire, au profit du mari ; l'autre incertaine, éventuelle, au profit de la femme.

Nous avons déjà dit que la restitution de dot n'était pas une conséquence de sa constitution, puisqu'à l'origine elle n'y était pas attachée ; qu'elle avait été rendue nécessaire par l'intérêt de la femme et l'intérêt social, mais qu'elle détournait la dot de sa destination primitive, qui était de rester perpétuellement au mari et à ses héritiers. Et cependant, les textes nous présentent la femme comme l'ayant-cause du constituant, à raison du bénéfice que lui procure la restitution des biens dotaux. Les Romains avaient donc admis que l'acquisition de la femme était une conséquence directe de la constitution de la dot, bien que cette idée ne cadrât pas avec les motifs et les circonstances qui avaient amené l'introduction de l'action dotale. En un mot, la destination de la

dot s'était transformée et élargie : pendant le mariage, elle devait procurer des ressources au mari, et, après le mariage, assurer un bénéfice à la femme : ce double but était voulu et visé par le constituant.

Bien plus, c'était à titre gratuit que la femme tenait du constituant son droit à la restitution de la dot. Qu'elle recueillît de la constitution de dot un avantage purement gratuit, c'est ce que personne ne conteste ; car les charges du mariage ne pesaient pas sur elle, ou, du moins, les biens procurés à la femme n'étaient pas destinés à leur acquittement. Nous avons dit qu'à l'origine du droit romain, les charges du mariage n'incombaient pas à la femme, à la mère ; le plus souvent, d'ailleurs, elle était dans l'impossibilité d'y pourvoir, et, à supposer même qu'elle pût, tant qu'elle vivait, fournir aux besoins de la famille, elle était incapable de transmettre ses biens à ses enfants. Peu à peu, le droit primitif céda devant une législation plus conforme aux sentiments et aux devoirs de la mère ; elle fut mise à même de pourvoir aux charges du mariage ; la loi, dans des cas exceptionnels, lui en imposa même l'acquittement (1) ; enfin et surtout, le sénatus-consulte Orphitien admit les enfants à la succession de leur mère.

Peut-on en conclure que les biens constitués en dot, une fois attribués à la femme, avaient dans son patrimoine la même affectation qu'entre les mains du mari ? Nullement. L'action *rei uxoriæ* fonctionnait depuis longtemps quand fut rendu le sénatus-consulte Orphitien, au second siècle de notre ère. Les biens dotaux n'étaient donc pas attribués à la femme parce qu'ils pou-

(1) C'est ainsi que la mère pouvait, dans des circonstances exceptionnelles, être contrainte à doter sa fille. Cette obligation ne lui fut d'ailleurs imposée que par une constitution des empereurs Dioclétien et Maximilien. (Loi 14, C., *de Jure dot.*, v, 12.)

vaient, aussi bien par elle que par le mari, être transmis aux enfants nés du mariage. Ils étaient si peu affectés, dans la fortune de la femme, à l'acquittement des charges du mariage dissous, qu'ils devaient tout au contraire lui permettre de contracter une nouvelle union, de contribuer aux charges d'un nouveau mariage. Quoiqu'ils pussent être employés par la mère à l'éducation de ses enfants, les biens restitués par le mari étaient considérés comme détournés de leur affectation première ; la femme réalisait donc un pur enrichissement (1).

Aussi bien, les interprètes qui lui déniaient la qualité de donataire n'en font-ils pas un acquéreur à titre onéreux du constituant. Ils prétendent qu'elle ne tient en aucune façon de lui les droits dont elle est investie. Pour élucider ce point, nous allons être contraint d'indiquer brièvement la nature du droit de la femme à la restitution de la dot.

II

Quand le divorce devint fréquent à Rome, la femme injustement répudiée se trouvait privée de la situation sur laquelle elle avait compté pendant la vie du mari ; en même temps, elle était exclue de la vocation successorale à laquelle elle pouvait avoir droit en cas de *manus* ; tout au moins, elle ne recueillait pas le bénéfice du legs que le mari prédécédé n'aurait pas manqué de

(1) Dans la fortune de la femme, les biens constitués en dot n'étaient pas plus directement destinés aux charges du mariage que ceux qui lui avaient été donnés pour former un *peculium*, pour demeurer paraphernaux.

lui adresser. Pour se mettre à l'abri des conséquences du divorce, les femmes mariées sans *manus* stipulaient la reprise de leur dot : *Dos his conditionibus dari solebat, ut si inler virum uxoremque divortium contigisset, quod æquius melius esset apud virum maneret, reliquum dotis restitueretur uxori* (1). Elles se ménageaient ainsi une créance conditionnelle qui devait naître à leur profit en cas de divorce. Sans doute, les *cautiones rei uxoriæ* étaient possibles quand la dot avait été constituée par un tiers; mais j'estime que la femme ne pouvait, en pareille hypothèse, être considérée comme l'ayant-cause de ce tiers, et qu'elle n'était redevable qu'à elle-même du droit de créance qu'elle s'était réservé.

La pratique de ces stipulations se généralisa de telle sorte que la femme fut investie du droit de reprendre la dot, d'abord en cas de divorce, et, quelque temps après, en cas de prédécès du mari, sans avoir recouru à une stipulation expresse : elle disposait à cet effet de l'action *rei uxoriæ*. Pour rendre compte de son droit, quelques interprètes admettent que la loi présumait intervenue, lors de la constitution de la dot, une stipulation analogue à celles d'où dérivait les *cautiones rei uxoriæ* (2). Rien de plus simple, si la dot a été fournie des biens de la femme; si elle provient d'un tiers, on met à la base de l'action *rei uxoriæ* une convention tacite un peu plus complexe, pour expliquer que la femme tienne ses droits du constituant : ce tiers est censé avoir stipulé à son profit la reprise de la dot, et avoir transporté à la femme le bénéfice de sa stipulation (3).

(1) BOËCE, *ad Cic. Top.*, xvii, 66.

(2) Dans l'opinion de Doneau (Comm. XIV, c. 4-8), qui voyait dans la constitution de dot un contrat *re*, c'est bien aussi un contrat qui est à la base du droit de la femme à la restitution de sa dot.

(3) Telle est bien l'opinion de M. de Savigny : il admet que dans la

Une autre explication, qui aboutit à des conséquences pratiques identiques, fait également dériver le droit de la femme de la pratique répétée des *cautiones rei uxoriæ*, mais place à la base de l'action *rei uxoriæ* non pas une stipulation tacite, mais un quasi-contrat. Cette opinion peut s'autoriser de plusieurs textes (1).

Dans ces deux systèmes, la femme qui peut se prévaloir de l'action *rei uxoriæ* est investie, du jour de la constitution de la dot, d'une créance identique à celles que les *cautiones rei uxoriæ* lui procuraient, créance conditionnelle, puisqu'elle était subordonnée à certains modes de dissolutions du mariage. Il en résulte qu'une femme qui n'était pas soumise à la *manus* du mari pouvait seule obtenir la restitution de la dot ; car une femme *in manu* n'était capable d'avoir de droits, de créances, ni contre les tiers ni contre son mari. Faut-il en conclure qu'une femme soumise à la *manus* ne pouvait pas être dotée ? Il y aurait peut-être là une exagération. Sans doute, la circonstance que la dot était restituable devint le caractère le plus saillant, et comme la marque distinctive de la constitution de dot. Cependant, une femme *in manu* ne pouvait-elle pas être dotée par un tiers qui conférait au mari la propriété définitive de certains biens, faute d'en pouvoir assurer la reprise à la femme ? Et cet acte ne demeurerait-il pas distinct et d'une nature toute spéciale, sorte de donation qui empruntait

constitution de dot, il y a donation d'une créance au moment même où elle prend naissance. « On pourrait se demander, dit-il, s'il n'y a pas simplement (de la part du constituant) renonciation à une acquisition éventuelle, ce qui exclurait la donation. Mais ici le donateur fait tout ce qui est nécessaire pour acquérir une créance ; s'il la transmet immédiatement au donataire, ce n'est qu'un moyen d'abrégier la transaction, et il obtient précisément le même résultat que s'il avait d'abord acquis, puis cédé la créance » (*Dr. rom.*, trad. Guenoux, t. IV, p. 428).

(1) Loi 1, § 6, D. xiii, 5 ; l. 23, D. l, 17.

aux charges du mariage les effets d'un acte à titre onéreux ?

L'opinion qui investit la femme d'une créance conditionnelle en restitution de sa dot au cours même du mariage, et dans laquelle on peut logiquement la considérer comme l'ayant-cause, à titre gratuit, du tiers constituant, a longtemps prévalu ; elle a récemment été contestée par deux professeurs allemands, MM. Bechmann et Czyhlarz. Ils ne semblent pas connaître le système qui met un quasi-contrat à la base du droit de la femme. Ce droit, nous dit Czyhlarz, ne peut exister pendant le mariage, car la stipulation tacite qui en rendrait compte ne peut être admise dans tous les cas. En effet, quand la dot provient d'un tiers, la femme est investie du droit de la recueillir à la dissolution du mariage, alors même qu'elle a ignoré la constitution de dot, dans une hypothèse, par conséquent, où elle n'aurait pu faire expressément la stipulation d'où dériverait sa créance. Je crois cette argumentation très exacte (1), mais elle n'atteint aucunement le système qui explique l'action dotale par un quasi-contrat.

Qu'était donc le droit de la femme, à la reprise de sa dot, dans l'opinion qui lui dénie une créance pendant la durée du mariage, et d'où procédait-il ? Du fait même de la dissolution du mariage, du préjudice qu'éprouvait la

(1) Il est indéniable qu'un tiers pouvait constituer une dot au nom de la femme à son insu et même malgré elle, et que cependant elle avait le bénéfice de l'action dotale. Le seul texte qui permettrait de révoquer ce point en doute est le § 269 du frag. du Vatican, d'après une certaine lecture qu'on en a proposée : on l'a invoqué pour soutenir qu'un père ne pouvait constituer une dot à sa fille sans qu'elle y consentit. Mais il vaut mieux interpréter ce texte, dont quelques mots sont incomplets ou illisibles, en ce sens qu'un mari ne pouvait, malgré sa femme, employer les biens de cette dernière à doter sa fille. Ainsi compris, le texte porte une règle qui se retrouve dans plusieurs autres lois : loi 34, Dig. xxiii, 3; loi 14 C., v, 12.

femme à qui le mariage avait procuré une situation avantageuse, et qui, veuve ou répudiée, se retrouvait sans ressources et sans famille. Qu'on analyse avec précision le droit de la femme : qu'y découvre-t-on ? On voit qu'il se réduit à l'*æquius melius*, ou, plus exactement, à ce qu'on peut, sans injustice, retirer au mari pour l'attribuer à la femme (1). On voit que le juge a les pouvoirs les plus étendus pour la détermination des droits de la femme, et que sa faculté d'appréciation est bien plus large encore que dans les actions de bonne foi ; on observe enfin que ce droit est intransmissible aux héritiers de la femme, non pas en ce sens qu'il ne s'ouvre pas en leur personne, qu'il ne leur appartient pas en cas de prédécès de la femme, mais qu'il ne peut être exercé par les héritiers de la femme divorcée ou survivante. Ce sont là les traits caractéristiques d'un petit nombre d'actions d'une nature très spéciale, appelées *actiones in æquum et bonum conceptæ* : l'action d'injures, la *querela inofficiosi testamenti*. Ces actions, si elles aboutissent à une réparation pécuniaire, n'ont rien de pécuniaire dans leur principe ; elles dérivent d'un préjudice moral causé à la personne qui les exerce. Voilà pourquoi elles sont absolument personnelles, et pourquoi le juge a un pouvoir d'appréciation presque discrétionnaire.

La femme (ou un tiers en son nom) a fait des sacrifices pour se procurer l'avantage d'un établissement ; le divorce ou le prédécès de son mari vient déjouer ses prévisions : c'est de la dissolution même du mariage que procède son droit ou, plus exactement, c'est du pré-

(1) Quand la théorie des *retentiones* se fut formée, le juge de l'action *rei uxoriæ* examinait non pas ce que l'équité permettait de retirer au mari, mais ce qu'elle commandait de lui laisser.

judice qu'elle en éprouve. Ce droit ne peut pas naître avant le préjudice qui en est la cause : il ne naît qu'à la dissolution du mariage. Ainsi se trouvent expliqués les caractères spéciaux du droit de la femme; en même temps (et c'est surtout pour ce motif que la théorie qui nous occupe a trouvé crédit), le principe de la perpétuité de la dot se trouve respecté, en dépit de la restitution dont elle est l'objet. Cette restitution n'est pas une conséquence de la constitution même de la dot; elle apparaît comme un tempérament d'équité : il était dû réparation à la femme du préjudice qu'elle éprouvait, et l'on ne pouvait mieux faire que de lui rendre tout ou partie des biens qu'elle avait apportés.

Peut-être trouvera-t-on malaisé de faire dériver l'action *rei uxoriæ*, ainsi comprise, des *cautiones rei uxoriæ*. Et, en effet, Czyhlarz prétend que ce sont là deux institutions très différentes, sans lien nécessaire; qu'il est impossible de dire à quelle époque les *cautiones rei uxoriæ* étaient usitées, et qu'on n'est pas autorisé à y voir l'origine de l'action *rei uxoriæ* (1). Si cette assertion était exacte, elle élèverait contre la théorie nouvelle un fâcheux préjugé. Si les *cautiones rei uxoriæ* n'ont pas précédé l'action *rei uxoriæ*, leur emploi est inexplicable; et si elles l'ont précédée, elles en sont nécessairement la source. C'est ce que M. Gide semble reconnaître sans contestation possible (2). Et cependant, comment, des *cautiones rei uxoriæ* qui procuraient une créance à la femme du jour de la constitution de la dot, a-t-on pu faire dériver un droit qui naissait seulement à la dissolution du mariage? Il y a plus : des caractères spéciaux de l'action *rei uxoriæ*, nous avons conclu qu'elle devait

(1) *Op. cit.*, § 8, p. 40, et § 12, p. 49.

(2) *Du caractère de la dot*, p. 507 et p. 512, édit. Esmein.

tendre à la réparation d'un préjudice, et que le droit qu'elle sanctionnait ne naissait qu'à la dissolution du mariage. Or, dans les *cautiones rei uxoriæ*, la femme stipulait l'*æquius melius*, en prévision d'une répudiation injuste, et son droit, qui datait de la constitution même de la dot, présentait tous les caractères du droit sanctionné par l'action *rei uxoriæ*, qu'on fait naître seulement à la dissolution du mariage. A quoi l'on peut répondre que si la créance de la femme résultait d'une convention expresse, elle était subordonnée à une condition essentielle : l'existence d'un préjudice occasionné par un divorce injuste. La constatation de ce préjudice était l'objet d'un examen délicat, tandis que la convention était facilement prouvée. Aussi peut-on croire que, quand la pratique eut fait admettre le droit de la femme, indépendamment de toute convention, ce droit fut considéré comme la conséquence immédiate du préjudice qu'il supposait et ne fut pas rattaché à un contrat ni à un quasi-contrat. Cette manière de voir permettait, d'ailleurs, d'accorder à la femme mariée avec *manus* la reprise de la dot qu'un tiers avait constituée, et même de ses biens personnels sur lesquels s'était étendu le pouvoir du mari (1).

(1) Il semble bien que la fortune d'une femme mariée avec *manus* formait sa dot, c'est-à-dire un ensemble de biens susceptibles de restitution, puisque Cicéron, se demandant si une femme peut constituer tous ses biens en dot, conclut affirmativement de ce qui se passe dans le mariage avec *manus* (*Top.* iv, 23. Cf. fr. Vat., n° 115).

M. Czyhlarz va jusqu'à prétendre (*op. cit.*, § 8, *in fine*, p. 41), que l'action *rei uxoriæ* ne fut primitivement instituée qu'au profit des femmes *in manu*. Voici comment il raisonne : L'action *rei uxoriæ* fut d'abord accordée aux femmes divorcées, et plus tard seulement aux femmes survivant à leurs maris. Or, à l'époque où elle reçut son application première, le mariage avec *manus* devait seul être usité ; car une femme libre aurait eu aussi grand besoin de l'action dotale en cas de prédécès du mari qu'en cas de divorce. La femme mariée avec *manus*, au contraire, n'avait besoin de l'action dotale qu'en cas de divorce ; car,

Comprenant ainsi le droit que la femme exerce par l'action *rei uxoriæ*, comment expliquer les textes qui supposent que ce droit existait déjà pendant le mariage? Je ne fais pas allusion à certaines lois qui, mettant en parallèle l'acquisition du mari et celle de la femme, pourraient faire croire qu'elles procédaient du même acte et dataient du même moment. (L. 75, D. xxiii, 3; l. 15, § 3 D., ii, 8.) Il existe des textes plus embarrassants encore. La loi 43, § 1, D. *de Adm. et peric. test.* (xxvi, 7), suppose que le curateur d'une femme a constitué une dot en son nom, *non donandi animo, sed negotii gerendi causa*; la somme qu'il a promise excédait la fortune de la femme, et il a été contraint de la fournir de ses propres biens. Est-il, de ce chef, devenu créancier de la femme? Oui, répond le jurisconsulte Paul : après le mariage dissous, parce qu'elle a une action contre son mari; et même au cours du mariage, *parce qu'elle a une dot*. Ce texte me paraît justement exclure la créance dotale tant que dure le mariage; car, s'il reconnaît une créance au curateur, c'est uniquement parce que la femme est dotée, parce que sa dot lui a permis de trouver un mari et d'augmenter le bien-être de la famille, dont elle bénéficie (1). Avant même l'admission de l'action do-

en cas de prédécès du mari, elle était, en qualité de fille, *loco filia*, appelée à sa succession. Cette argumentation est très faible : la femme *in manu* pouvait avoir été omise dans le testament du mari, et sa vocation successorale *ab intestat* être ainsi dénuée de tout effet; car il est probable que la *querela inofficiosi testamenti* n'existait pas encore quand l'action *rei uxoriæ* s'introduisit. Quand la *querela* fut admise, la femme *in manu*, survivant à son mari et exhéredée par lui, pouvait-elle exercer la *querela*, ou devait-elle recourir à l'action dotale? Pouvait-elle en cumuler le bénéfice? Nous n'avons aucun élément de décision. Quoi qu'il en soit, on comprend que Czychlarz, suivant qui l'action dotale ne fut d'abord ouverte qu'à la femme mariée avec *manus*, ne la fasse pas découler des *cautiones rei uxoriæ*.

(1) C'est par cette idée qu'on peut expliquer la loi 75 D. (xxiii, 3), qui déclare que, pendant le mariage, la femme a l'émolument de la dot.

tale, on disait d'une femme qu'elle avait une dot, par cela seul qu'elle avait apporté des biens à son mari. Ce texte me paraît donc sans portée dans la question.

La loi 21 D., *de Manumis*. (xli, 1), suppose qu'un mari insolvable a affranchi l'esclave constitué en dot; l'affranchissement est nul, bien que le mari n'ait pas d'autres créanciers : *Ut constante matrimonio, deberi dos intelligatur*. Les termes mêmes dont se sert la loi : « La dot est censée être due, » donnent à penser qu'il s'agit là d'une fiction légale destinée à protéger le droit de la femme et à permettre d'annuler l'affranchissement.

Pour établir que le droit de la femme est antérieur à la dissolution du mariage, on invoque plusieurs textes qui déclarent le mari tenu de son dol et de sa faute au cours même du mariage (1). Ces textes ne sont pas très probants ; on ne veut pas que le mari puisse, par avance, rendre inefficace la créance de la femme qui est susceptible de naître, mais qui n'existe pas encore, même à titre conditionnel. C'est ainsi que l'émancipé répond de son dol et de sa faute depuis la mort du *pater*, quoiqu'il ne soit dans l'obligation d'effectuer la *collatio* qu'à partir de l'acquisition de la *bonorum possessio*.

On a observé qu'un fidéjusseur pouvait être donné, qu'une hypothèque pouvait être constituée en vue d'assurer la restitution de la dot ; il ne s'ensuit nullement que la femme devait avoir pendant le mariage une créance au moins conditionnelle, car une créance sim-

Quant à la loi 15, § 3 D. (ii, 8), c'est plutôt par l'idée du droit au moins éventuel à la restitution de sa dot, qu'à la femme au cours du mariage, qu'on peut en rendre compte.

(1) Loi 24, § 5 D., *Sol. matr.*, xxiv, 3. On peut observer que le mari est déjà responsable de son dol et de sa faute, même avant la conclusion du mariage, si la dot lui a déjà été payée, alors qu'on ne sait pas si c'est l'action *rei uxoriæ* après le mariage dissous, ou la *condictio*, faute de conclusion du mariage, qu'il y aura lieu d'exercer.

plement éventuelle peut recevoir de semblables garanties (1).

Enfin, on a cité les textes nombreux (2) qui rattacheraient le droit de la femme à un contrat, sans doute à une stipulation tacite. Mais ces textes ne semblent pas employer le mot contrat dans un sens technique ; c'est ainsi que le § 88 du Commentaire III de Gaius oppose aux obligations qui résultent des délits, celles qui dérivent de toute autre cause ; d'autres textes rapprochent l'obligation du mari de restituer la dot, des obligations qu'entraîne le fait d'assumer une tutelle ou de gérer les affaires d'autrui. Nous ne sommes donc pas obligé, par ces textes, de mettre une stipulation tacite à la base du droit de la femme, d'autant que ce droit existe même quand la femme a ignoré la constitution de dot, quand on ne peut dès lors lui prêter une convention, même tacite. A défaut de contrat, on pourrait admettre l'existence d'un quasi-contrat. Il y aurait donc contrat quand la femme a connu la constitution de dot, quasi-contrat quand elle l'a ignorée ; et même on pourrait, dans tous les cas, mettre un quasi-contrat à la base de son droit. C'est d'un quasi-contrat que dérivent les obligations d'un tuteur, d'un gérant d'affaires ; le rapprochement des obligations dérivant *ex causa dotis*

(1) Il faut en effet reconnaître à la femme une créance future, susceptible de naître à la dissolution du mariage. Nous verrons que cette simple expectative d'un droit à venir n'est pas dépourvue d'importance au cours même du mariage. L'obligation future est une obligation qui n'existe pas encore ; mais elle suppose qu'il existe déjà entre les parties un certain lien qui ne leur permet pas, sinon d'un commun accord, de mettre obstacle à la formation du rapport obligatoire. Marcien déclare expressément qu'une obligation future peut être garantie par une hypothèque : *Sed et futuræ obligationis nomine dari possunt.* (Loi 5 D., *de Pig et hyp.*, xx, 17 ; cf. loi 4 D., *Quæ res pig.*, xx, 3, et loi 11, § 3, *Qui potior.*, xx, 4).

(2) Loi 5, § 2 D. (xiii, 6) ; loi 1, § 6 D. (xiii, 5) ; loi 23 D. (L, 17).

et *ex causa tutelæ*, qu'on rencontre dans la loi 4, § 6 D. (xiii, 5), dans la loi 23, D. (l, 17), n'est-il pas voulu et significatif? Assurément, l'idée d'un quasi-contrat en vertu duquel le mari serait tenu de rendre la dot à la femme explique d'une manière satisfaisante le droit de celle-ci, même quand elle a ignoré la constitution de dot; c'est ainsi que le droit du légataire, vis-à-vis de l'héritier institué, a sa source dans un quasi-contrat. Cependant il vaut mieux adopter, comme a fait M. Gide, la théorie nouvellement produite en Allemagne; elle rend parfaitement compte des caractères spéciaux du droit de la femme; elle permet d'admettre, comme plusieurs documents semblent l'indiquer, que la femme *in manu* avait une dot; enfin, plusieurs textes (1) qui, à propos de la restitution de la dot, supposent que la dot peut être due en vertu de plusieurs *causæ*, semblent se référer à plusieurs sources du droit de la femme, c'est-à-dire aux différents modes de dissolution du mariage, et non pas à une source unique. Tant que fut usitée l'action *rei uxoriæ*, la femme n'avait donc pas, pendant le mariage, une créance conditionnelle en restitution de sa dot, créance subordonnée à tel ou tel mode de dissolution du mariage; son droit naissait de la dissolution même du mariage, par suite du divorce ou du prédécès du mari (2).

(1) Loi 50, D. (xxiv, 3). « *Æstimatis rebus in dotem datis, pactum intercessit, ut, ex quacumque causa dos reddi deberet, ipsæ res restituerentur.* » Cf. loi 22, D., *Sol. matr.*, xxiv, 5.

A tous les arguments présentés plus haut pour établir la nature du droit de la femme, on ajoute parfois que son droit n'est jamais appelé par les textes une *obligatio*; cette remarque n'est pas pleinement exacte car la loi 34, § 6, de *Sol. et lib.*, xliv, 3, prévoyant que l'action dotale appartient à un *pater adjuncta filix persona*, dit de la femme qu'elle est « *in causam dotis particeps et quasi socia obligationis patris.* »

(2) Quand l'action dotale appartient au père, *mortua in matrimonio filia*, le motif qui l'explique ne donne-t-il pas lieu de supposer que le

L'action *rei uxoriæ* perdit beaucoup de son utilité quand s'introduisit et se généralisa la pratique de stipulations expresses par lesquelles la femme se ménageait la reprise de sa dot, dans tous les cas de dissolution du mariage. Le droit qui naissait de telles stipulations était certainement une créance, créance à terme et non pas conditionnelle, puisque, quoi qu'il arrivât, la femme obtenait la dot quand le mariage avait pris fin. Par une constitution célèbre de l'an 530 (loi unique, C. v, 13), Justinien fonda en une seule action l'action *rei uxoriæ* et l'action *ex stipulatu* ; il accorda, dans tous les cas, à la femme la reprise de la dot, sans qu'elle eût recouru à aucune convention spéciale ; l'action dont il l'investit à cet effet réunissait les avantages de l'action *rei uxoriæ* et de l'action *ex stipulatu*. Il semble bien qu'à la base de cette action, Justinien plaçait une convention présumée, une *ficta stipulatio*. Aussi, M. Gide ⁽¹⁾ ne met-il pas un seul instant en doute que le droit de la femme fût une créance à terme qui naissait au moment de la constitution de la dot. En cela, il s'écarte de l'opinion de MM. Bechmann et Czyhlarz ⁽²⁾ ; ceux-ci font toujours dériver le droit de la femme de la dissolution même du mariage ; et c'est à ce moment qu'ils en placent la naissance. En parlant de *ficta stipulatio*, l'empereur n'aurait pas voulu dire que la créance dotale naissait d'une convention tacite, mais qu'elle s'ouvrait dans tous les cas à la dissolution du mariage, comme si une stipulation expresse était intervenue. Cette opinion fantaisiste ne

droit du père ne naît qu'à la dissolution du mariage ? Si le père, qui avait droit à restitution de la dot profectice, avait eu une créance conditionnelle, il faudrait donc admettre, à l'encontre du mari, l'existence de plusieurs créances conditionnelles ?

(1) *Du caractère de la dot*, p. 531, édit. Esmein.

(2) CZYHLARZ, *Op. cit.*, § 64, p. 218.

trouve aucun appui dans les textes ; on se demande quel pouvait être son intérêt, même théorique, à une époque où il ne subsistait plus rien du principe de la perpétuité de la dot.

Peut-être même, en l'année 530, n'était-ce pas seulement un droit de créance qu'il fallait reconnaître à la femme ; ou plutôt, les sûretés dont cette créance était entourée lui donnaient sans doute l'importance et les effets d'un véritable droit de propriété. C'est là une question célèbre qui ne rentre pas dans notre cadre ; le droit de la femme à la restitution de la dot ne fait pas l'objet de cette étude ; nous avons dû cependant le faire connaître, le décrire exactement, avant de nous demander si, à raison de ce droit, la femme peut être considérée comme l'ayant-cause du constituant de la dot : c'est ce qu'il nous faut rechercher.

III

On rencontre nombre de lois romaines qui traitent la femme comme l'acquéreur à titre gratuit du constituant de la dot. Qu'elle fasse un bénéfice purement gratuit quand elle recueille les biens dotaux, c'est ce que nous avons établi en commençant. Mais comment comprendre qu'elle soit redevable au tiers constituant de l'avantage qu'elle obtient ? C'est, à la rigueur, admissible dans l'opinion qui fait dériver le droit de la femme d'une stipulation tacite ou d'un quasi-contrat ; mais comment prétendre que la femme est donataire, si l'on admet que sa créance naît à la dissolution du mariage ? Au moment de la constitution de la dot, à l'époque où le constituant s'est appauvri, où son intention généreuse aurait pu se

manifester, la femme n'a rien acquis, elle n'a pas fait un bénéfice appréciable qui permette de la traiter comme une donataire. Se place-t-on à l'époque de la dissolution du mariage, à l'époque où son droit latent, inexistant, prend tout à coup naissance, le rôle du constituant est depuis longtemps terminé; à l'enrichissement de la femme, au bénéfice qui lui survient inopinément, ne correspond aucun appauvrissement du prétendu donateur.

Ces deux objections ne sont pas également fortes, et l'alternative ne nous embarrasse pas. Si la femme, au moment de la constitution de la dot, ne devient pas créancière, même conditionnelle, est-ce à dire qu'elle n'acquiert rien? Elle acquiert un droit éventuel, l'expectative d'un droit susceptible de se réaliser un jour. Si incertain et aléatoire qu'il soit, ce bénéfice représente une acquisition. Que l'espérance de la femme soit déçue, que l'action *rei uxoriæ* ne s'ouvre pas, la femme n'en aura pas moins été enrichie; c'est comme si elle avait été investie d'une créance conditionnelle, et que la condition fût venue à défaillir.

Mais c'est la loi, ou plus exactement la coutume, la pratique, qui a institué l'action *rei uxoriæ*; la constitution de dot n'est qu'une condition de son exercice, et c'est en définitive à la loi que la femme est redevable de son acquisition. Je réponds que le constituant, qui connaissait les effets de l'action *rei uxoriæ* et qui n'a pas cherché à les paralyser par une stipulation de restitution à son profit, a voulu procurer à la femme le bénéfice de la créance dotale. On objectera peut-être que le constituant ne s'appauvrit pas; qu'en s'abstenant de stipuler la restitution de la dot, il manque de gagner; qu'il néglige de s'enrichir, comme un héritier qui répudie une succession; qu'il n'est donc pas donateur. Les deux si-

tuations sont très différentes ; on oublie qu'avant de s'abstenir d'un bénéfice, le constituant s'est appauvri, qu'il s'est dépouillé gratuitement des biens dotaux, qu'il a fait une donation ; sa donation était principalement adressée au mari, mais en même temps il procurait à la femme le bénéfice de l'action *rei uxoriæ* ; et il a donné à la femme, en la mettant à même d'exercer l'action dotale. En d'autres termes, il a mis aux mains du mari certains biens, afin que, à la dissolution du mariage, ils fussent attribués à la femme conformément aux règles de la loi : *DONASSE MAGIS MULIERI quam sibi aliquid jus servasse, extraneus non stipulando videtur* (1).

Quant à l'acceptation de la femme, elle résulte suffisamment de ce que la dot a été constituée avec son consentement.

C'est ainsi que la femme était donataire du constituant quand elle obtenait la dot par l'action *rei uxoriæ*. Si elle avait recouru à une stipulation expresse, il fallait, sous cette convention, voir une opération plus compliquée. Le constituant était censé s'être ménagé la reprise de la dot, et la femme avoir stipulé de lui l'avantage qu'il s'était réservé. C'est de la même manière qu'il faut comprendre la *stipulatio ficta*, sur laquelle reposait la nouvelle action dotale organisée en l'an 530.

Les solutions qui précèdent ont été contestées ; M. Bechmann a soutenu que la femme ne peut être considérée comme l'ayant-cause à titre gratuit du constituant de la dot que dans une hypothèse très étroite (2). Jamais elle ne serait donataire du constituant quand elle se prévaut de l'action *rei uxoriæ* ; non pas que le savant professeur nie qu'elle s'enrichisse, mais il con-

(1) Loi unique, § 13, de *Rei uxor. act.*, v, 12.

(2) *Das römische Dotalrecht*, I, p. 61 et suiv., et p. 215 et suiv.

teste plutôt chez le constituant l'intention libérale, et chez la femme la volonté de recevoir, l'acceptation. C'est dans un cas très spécial qu'il considère comme une donataire la femme qui a expressément stipulé la reprise de la dot. Au fond, l'argumentation de Bechmann repose principalement sur l'interprétation de deux textes ; et c'est pour justifier la signification étroite qu'il leur prête, que l'auteur fait appel aux éléments constitutifs de la donation.

La loi 31 pr., C. (v, 12) suppose qu'une femme s'est réservé par stipulation la reprise d'une dot constituée par un tiers à son mari. Justinien nous apprend qu'elle était en pareil cas donataire du constituant, et, comme telle, astreinte à l'insinuation ; l'empereur la dispense de cette formalité. Or, nous dit Bechmann, ce texte déclare la femme donataire, mais à deux conditions : si c'est en vertu d'une stipulation formelle que la dot lui est restituable, et si cette stipulation est intervenue en prévision d'un cas tout spécial de dissolution du mariage (*fortuitus casus*).

Personne n'avait jamais prétendu que la loi 31 pr. visât une hypothèse si étroite. Et quel est donc ce cas unique de dissolution du mariage, dans lequel la femme pourra être donataire ? Bechmann le déduit d'une loi du code Théodosien (loi 3, III, 13), due aux empereurs Honorius et Théodose.

Si constante matrimonio, maritus fuerit fatali sorte consumptus, dos quæ data dicitur vel promissa ex ejus uxoris facultatibus ad feminam revertatur, nihilque sibi ex hoc defuncti heres audeat vindicare quod ad mulierem recurrere fecit obitus maritalis (1).

(1) Cette première partie de la loi 3, C. Théod., III, 13, forme au code Justinien la loi 41, *Sol. matr.* (v, 18). La suite du même texte forme la loi unique, C., *Si dos const. matr.* (v, 19).

Aux termes de cette constitution, la femme peut réclamer par l'action *rei uxoriæ*, en cas de mort du mari, la dot qu'elle avait constituée de ses propres biens ; rien n'indique qu'elle eût le même droit quand la dot avait été constituée par un tiers. Bechmann en conclut que l'action *rei uxoriæ* ne lui était pas ouverte en pareil cas ; force lui était donc de recourir à une stipulation expresse.

Or, la femme sera donataire du constituant, quand elle se sera ménagé la reprise de la dot constituée par un tiers, à l'aide d'une stipulation expresse faite en prévision de la mort du mari. A ces conditions, Bechmann en ajoute une autre : il faut que cette stipulation ait été connue du constituant.

En raison, comment justifier de telles exigences ? En argumentant de la façon suivante :

Quand la femme réclamait sa dot par l'action *rei uxoriæ*, elle n'était pas donataire, parce qu'on ne découvrirait pas chez le constituant l'*animus donandi*, chez la femme la volonté de recevoir une libéralité. C'est assurément pour cela que la loi 31 pr. ne dispense la femme de l'insinuation que quand elle exerçait l'action *ex stipulatu*. Encore n'est-elle pas donataire toutes les fois qu'elle a recouru à une stipulation expresse. Quand, en pareille hypothèse, le mariage prend fin dans des conditions telles que l'action *rei uxoriæ* eût été ouverte à la femme, l'action *ex stipulatu* ne lui fait rien obtenir qu'elle n'ait déjà, de par la loi. Faute d'enrichissement, la femme n'est pas donataire ; elle ne peut donc être considérée comme un acquéreur à titre gratuit que quand elle s'est ménagé l'action *ex stipulatu*, dans une hypothèse où l'action *rei uxoriæ* ne lui appartenait pas. Ainsi en est-il, de l'aveu de tous, en cas de prédécès de la femme ; mais l'hypothèse que Bechmann a en vue est

très différente : c'est celle de la dissolution du mariage par le prédécès du mari, quand la dot avait été constituée par un tiers.

Nous avons démontré par avance que la constitution de dot présentait les éléments constitutifs d'une donation faite à la femme. Nous n'y reviendrons pas ; nous établirons seulement que Bechmann donne une interprétation inexacte des textes sur lesquels il s'appuie. Son erreur provient de ce qu'il reconnaît à l'action *rei uxoriæ* un champ d'application trop étroit.

On sait que cette action, admise d'abord en cas de divorce, fut plus tard étendue au cas de dissolution du mariage par la mort du mari. Que, dans son application première, l'action *rei uxoriæ* soit due à la pratique, à la jurisprudence, nul n'y contredit ; mais Ulpien ⁽¹⁾ ne mentionne pas que le prédécès du mari donne ouverture à cette action, et Bechmann en conjecture qu'en ce cas, elle était ouverte *utiliter*. En effet, c'est incontestablement au prêteur qu'est due la règle suivant laquelle la femme survivante ne peut pas cumuler le bénéfice du *legatum dotis* et de l'action *rei uxoriæ* ; c'est donc le prêteur qui aurait accordé cette action à la femme survivante, mais en y mettant la réserve très équitable contenue dans l'édit *de alterutro*. Enfin, l'action n'aurait été étendue que dans l'hypothèse où la restitution de la dot s'imposait particulièrement, quand elle avait été fournie par la femme elle-même. Ce résultat apparaîtrait clairement dans la constitution des empereurs Honorius et Théodose.

Ces déductions hasardées ont conduit à une solution arbitraire qui n'a obtenu aucun crédit. L'extension de l'action *rei uxoriæ* au prédécès du mari, comme son

(1) ULP., *Regulæ*, t. VI, § 6.

introduction, n'est pas l'œuvre du préteur, mais résulte d'un usage répété; or, la pratique s'inspire moins de l'équité que de l'utilité, et la femme n'avait pas plus d'intérêt à reprendre la dot qu'elle avait elle-même constituée que celle qu'un tiers avait fournie. Les textes prouvent à l'évidence que le prédécès du mari donnait lieu à la restitution de toute dot, d'où qu'elle provint. Notre loi 31 pr. elle-même se termine par ces mots : *Atque in aliis omnibus casibus in quibus non est stipulatus, tristicie suæ mulier hoc proprium habeat solatium*. Cette proposition n'embarrasse guère Bechmann : « Au reste, nous dit-il, il n'est pas besoin d'une sagacité particulière pour voir que la fin de la loi 31 pr. a été interpolée à cause de la loi unique au Code (v, 13). » La loi 31 pr. aurait été interpolée quand la dot fut, dans tous les cas, restituable en vertu d'une *facta stipulatio*. Interrogeons donc la loi unique (v, 13); elle contredit ouvertement l'hypothèse construite par Bechmann : Avant l'institution de la nouvelle action dotale, nous dit-elle, *si quando extraneus dotem dabat, nulla stipulatione vel pacto pro restitutione in ejus personam facto, QUISQUIS IS FUERAT, MULIER HABEBAT REI Uxoril ACTIONEM*. Prétendra-t-on qu'il n'en était ainsi qu'en cas de divorce?

En présence de semblables témoignages, la constitution d'Honorius et de Théodose se réduit à une décision d'espèce; c'est un rescrit obtenu par une femme à qui les héritiers du mari refusaient la restitution d'une dot constituée par un tiers.

Dès lors, ce n'est pas seulement une hypothèse très étroite que vise la loi 31 pr.; c'est dans tous les cas où la dot est restituée, que la femme est déclarée donataire du constituant et dispensée de l'insinuation. Il n'en est pas seulement ainsi quand elle se prévaut d'une stipulation expresse; si le texte prévoit cette hypothèse, c'est

pour construire une espèce sur laquelle il puisse raisonner : la fréquence des stipulations expresses, qui devait amener, l'année suivante, la transformation de l'action dotale, explique que Justinien ait choisi cet exemple ; mais les derniers mots du texte, qui se réfèrent manifestement à l'exercice de l'action dotale, prouvent à l'évidence que c'est dans tous les cas où la femme obtenait la dot qu'elle était donataire ; ils corrigent ce que l'hypothèse construite par Justinien avait de trop étroit.

Quand l'action *rei uxoriæ* eut disparu, M. Bechmann devrait admettre, semble-t-il, que la femme invoquant l'action *ex stipulatu* était toujours donataire du constituant ; elle s'enrichissait toujours, puisqu'elle était toujours censée se ménager un avantage que la loi ne lui procurait pas. Tout au contraire, à partir de l'année 530, la femme n'aurait jamais été donataire. Suivant Bechmann, en effet, c'était toujours à la loi qu'elle était redevable de son droit ; en parlant de *ficta stipulatio*, l'empereur n'avait pas entendu faire dériver la créance dotale d'une convention tacite, mais il avait déclaré que cette créance était attachée par la loi à tous les cas de dissolution du mariage, comme s'il avait été fait une stipulation. Nous avons déjà dit que cette théorie n'avait aucun fondement sérieux.

Nous revenons donc à nos conclusions premières : la femme est donataire du constituant, par cela seul que l'action *rei uxoriæ*, ou une action née d'une stipulation formelle, ou enfin l'action dotale organisée en l'an 530, lui donne un droit, même éventuel, à la restitution de la dot. Les textes confirment cette manière de voir ; je ne fais pas allusion aux lois qui appliquent à la femme les règles relatives aux donations, et à celles surtout qui la dispensent de quelques-unes de ces règles : ces lois,

qui ne laissent aucun doute sur la nature de son droit, feront l'objet d'une étude principale. Je veux citer seulement celles qui, à propos de la femme, emploient le mot même de *donatio*. Toutes ne sont pas également probantes ; quelques-unes, en effet, comme la loi 43, § 1, D. xxiii, 3, se réfèrent à l'hypothèse où le bénéfice fait par la femme ne se réduit pas au droit de reprendre la dot par l'action dotale, mais où elle est investie de la *condictio* dans le cas où le mariage vient à manquer. Mais la loi 43, § 1, D. xxvi, 7, parlant d'une constitution de dot faite par un tiers au nom de la femme, dit que ce tiers a pu y procéder *donandi animo* ; et la loi 17 au Code (vi, 20) qualifie la dot de *donatio* : dans l'espèce prévue par ces deux textes, la libéralité se réduisait au bénéfice de l'action dotale. Que si la loi 25, § 1 (xlii, 8) nous dit de la femme : *Quasi ex donatione aliquid ad eam pervenisse*, il ne faut pas croire que c'était par un abus de langage que la dot était qualifiée de donation ; mais Venuleius, qui, dans ce texte, se refuse à traiter la femme comme une donataire, ne pouvait, exposant l'opinion de ses adversaires, reconnaître pleinement dans l'opération un acte à titre gratuit.

La femme est donataire en principe ; mais, dans certains cas, elle ne sera pas traitée à tous égards comme l'ayant-cause à titre gratuit du constituant.

Ainsi en est-il d'abord quand elle n'a pas connu la constitution de dot faite en son nom ; elle avait droit cependant à la restitution de cette dot. Soit qu'on fasse naître sa créance de la dissolution du mariage, soit qu'on l'explique par une convention tacite, et plus spécialement, dans le cas qui nous occupe, par un quasi-contrat, il est impossible de traiter la femme comme une donataire, à raison d'un bénéfice qu'elle n'a pas accepté. Telle n'est pas à la vérité l'opinion de M. de

Savigny (1); il reconnaît que la donation exige le consentement des deux parties, et spécialement l'acceptation du donataire, quand elle se produit sous la forme d'une convention. Mais la donation peut exister indépendamment de tout contrat, et peut alors procurer au donataire un bénéfice qu'il n'ait pas accepté; c'est ainsi que l'acquisition de l'action *rei uxoris* résulte au profit de la femme d'une constitution de dot qu'elle a ignorée. Cependant, comment peut-on la traiter comme une donataire? La loi impose au donataire la reconnaissance envers le donateur : comment exiger de la femme qu'elle soit reconnaissante d'un bienfait qu'elle ignore? (*Add. arg.* l. 69, D. L. 17, l. 19, § 2, D. xxxix, 5.)

On admet généralement que les avantages gratuits procurés à une personne, à son insu, doivent être respectés, mais que leur maintien n'exige pas l'observation des formalités ou des règles particulières admises en matière de donation : la loi Cincia et l'insinuation ne trouvent pas leur application; la prohibition de donations entre époux n'est pas respectée; enfin, il n'y a pas lieu à révocation pour cause d'ingratitude du bénéficiaire de la libéralité. Nous verrons que la constitution de dot était dans tous les cas dispensée des conditions de la loi Cincia et des formalités de l'insinuation; en outre, s'agissant du bénéfice que retire la femme de la restitution d'une dot constituée par un tiers, il est évident que la prohibition des donations entre époux n'a pas ici sa place. L'ignorance par la femme de la constitution de dot a donc un seul effet : elle ne peut être privée, pour cause d'ingratitude, du bénéfice éventuel que lui procure l'action dotale. On voit qu'il s'agit uniquement de conserver à la femme l'avantage qu'elle a

(1) *Traité du dr. rom.*, trad. Guenoux, IV, p. 149 et suiv.

acquis, tant qu'elle l'ignore ; on écarte à cet effet une des conséquences habituelles aux donations. Quant aux autres effets des actes à titre gratuit, qui impliquent chez la femme la connaissance de la libéralité dont elle a été l'objet, il est manifeste qu'ils se produisent. En conséquence, même dans l'hypothèse qui nous occupe, la femme est donataire du constituant ; mais un des effets des donations est écarté, au moins provisoirement.

La femme n'est pas non plus donataire quand le constituant était dans l'obligation de la doter.

C'est une question débattue que celle de savoir si les ascendants étaient dans l'obligation naturelle de doter leurs descendantes. Si on admet l'affirmative, il faut reconnaître que l'ascendant qui dotait ne faisait pas une donation, puisqu'il ne s'appauvrisait pas, mais qu'il s'exonérait d'une obligation (1). Mais aucun texte ne nous indique à quelle époque et à l'égard de quels ascendants cette obligation naturelle aurait existé. Nous avons déjà cité la loi 32, § 2 D., *Cond. ind.* (xii, 6) : il est difficile de démêler si elle fait allusion à une obligation imposée à la femme de se doter, ou à un devoir de la mère de constituer une dot à sa fille. Si on interprète le texte dans ce dernier sens, l'obligation naturelle de doter s'appliquerait donc à la mère : on s'expliquerait assez bien qu'il ne fût pas fait mention d'une obligation analogue à la charge des ascendants paternels, puisqu'à l'époque où la loi 32, § 2, a été écrite, ils étaient grevés de l'obligation légale de doter leurs descendantes.

L'existence de cette obligation naturelle est plus qu'incertaine. Si on l'admet, il faut la ranger au nombre de celles qui « dérivent d'un devoir moral que la loi n'a

(1) SAVIGNY, *Traité du dr. rom.*, trad. Guenoux, p. 59.

pas jugé à propos d'ériger en obligation proprement dite. » M. Accarias les déclare rares et peu intéressantes (1); elles ne pouvaient avoir d'autre effet que de servir de cause à un paiement, à une prestation non susceptible de répétition. Or, est-il besoin de faire intervenir l'idée d'une obligation naturelle pour admettre qu'une dot constituée par une personne qui se croyait à tort débitrice, ne peut pas être répétée? Les charges assumées par le mari n'entraînent-elles pas cette conséquence? C'est ainsi qu'une personne qui croyait être débitrice, et qui s'est laissé déléguer à un mari *dotis constituendæ causa*, par son prétendu créancier, n'a pas de recours contre le mari, mais seulement contre le délégant (2).

L'obligation légale de constituer une dot qui fut imposée à certains ascendants est, au contraire, incontestable. C'est la loi Julia, *de maritandis ordinibus*, dans son chapitre 35, qui enjoignit aux pères de doter leurs filles en puissance. Les filles n'avaient pas d'action pour obtenir une dot; mais le magistrat, par des mesures coercitives, amenait les pères à satisfaire à l'ordre de la loi. Cette disposition n'était applicable

(1) *Précis du dr. rom.*, n° 727, t. II.

(2) Il ne faudrait pas, pour établir à la charge des ascendants paternels une obligation naturelle de doter, invoquer la loi 46, § 2 (xxiii, 3). Cette loi déclare qu'un père qui, se croyant débiteur de sa fille, a promis une dot en son nom, est tenu de la payer, même s'il ne devait rien. Ce texte ne fait pas allusion à une obligation naturelle; mais il prévoit une constitution de dot par *dictio*. Ce procédé n'était accessible qu'à la femme, à son *pater* ou à son débiteur. Or, le *pater* de la femme qui a voulu, en qualité de débiteur, recourir à la *dictio dotis*, a fait un acte valable, bien qu'il ne soit pas débiteur; car ce procédé lui était ouvert en tant que père. La loi 46, § 21, ne s'occupe donc pas de la question de savoir si une dot promise par une personne qui croyait devoir, peut être répétée; elle détermine par qui la *dictio* peut être valablement employée. La *dictio* étant tombée en désuétude, ce mot fut remplacé par celui de *promissio* dans notre loi et dans tous les textes analogues qui figurent au Digeste.

qu'en Italie, où le droit de coërcition appartenait au prêteur urbain ; une constitution des empereurs Sévère et Antonin, dont fait mention la loi 19, *de Rit. nupt.*, donna le même pouvoir aux proconsuls et aux présidents de provinces. L'obligation de doter s'étendit ainsi sur toute la surface de l'empire.

Cette obligation reçut encore de l'extension à d'autres points de vue : elle s'imposa à tous les ascendants paternels, pourvu qu'ils eussent des biens ; mais ils n'en étaient tenus que si le *paterfamilias* ne pouvait pas l'acquitter. Aux termes de la loi 19, *de Rit. nupt.*, la fille en puissance avait seule droit à une dot. On a soutenu que la fille sortie de la famille par l'émancipation y avait droit également, en s'appuyant sur des textes qui qualifient de profectionne la dot constituée par un ascendant paternel à une fille émancipée (1) ; cette solution est sujette à caution.

Seule de toutes les ascendantes, la mère était astreinte à doter sa fille dans les cas les plus graves, dont la détermination était sans doute laissée au juge (*ex magna et probabili causa*), et quand une loi le lui ordonnait ; par exemple, une mère hérétique était obligée de doter sa fille orthodoxe (2).

On a cru pouvoir déduire par *a contrario* de la loi 12, § 3, D., *de Adm. et peric.* (xxvi, 7), l'obligation du frère de doter sa sœur consanguine. Cette opinion est inacceptable et n'est plus guère défendue (3).

(1) Loi 5, § 11 D. (xxiii, 3) ; loi 5 D. (xxiv, 2) ; loi 59 D. (xxiv, 3) ; *add.* loi 7, Code (v, 11) qui, parlant de l'obligation des pères de doter leurs filles, ne la limite pas aux filles en puissance.

(2) Loi 14, *de Jur. dot.*, C. v, 12 (Imp. Diocl. et Maxim.). Cf. loi 19, § 1, *de Hæreticis*, Code i, 5.

(3) Elle choquait déjà Cujas, qui observait qu'un frère ne doit des aliments à sa sœur consanguine que par une sorte de charité. (Loi 1, § 2, *de Tut. et rat.*) Voici quel sens il faut prêter à la loi 12, § 3 : Les dona-

Il faut bien comprendre la nature du droit de la fille ; elle ne peut pas exiger une dot, mais la loi ne veut pas que les parents mettent arbitrairement obstacle au mariage de leurs enfants ; or, le moyen le plus simple de s'y opposer est de leur refuser une dot. C'est ce calcul que la loi déjoue ; dès lors, la femme ne peut prétendre à rien si elle trouve un mari qui la prenne sans dot. Le chiffre de la dot était donc débattu d'un commun accord entre le mari et l'ascendant qui en était débiteur. Personnellement, le mari ne pouvait prétendre à rien, et la circonstance que la femme était créancière n'ajoutait pas vis-à-vis de lui au caractère onéreux de l'opération. Mais la femme n'était pas donataire du constituant, il n'y avait pas donation faute d'appauvrissement chez l'aliénateur. Ce résultat est particulièrement marqué par les premiers mots de la loi 31 pr. C. (v, 12.) : *Cum quidam dotes pro mulieribus dabant, sive matres, sive alii cognati, sive extranei...* La question de savoir si la femme était astreinte à l'insinuation n'était donc pas débattue, quand elle avait été dotée par un ascendant paternel ; la négative était certaine, car il n'y avait pas donation. Avouons toutefois que, quand la nécessité de

tions ne sont jamais des actes d'administration ; un tuteur ne pourra jamais, en qualité de *negotiorum gestor*, faire une donation ou constituer une dot pour son pupille. Cependant, « *quum moribus pupilli præponatur* », il pourra faire pour lui certains dons, certains présents imposés par les convenances et l'usage : *solemnia munera*. Le texte déclare que la constitution de dot au profit d'une sœur utérine, n'étant pas imposée par les mœurs, ne sera jamais possible. Il n'en faut pas conclure que la constitution de dot au profit d'une sœur consanguine est obligatoire, mais seulement qu'elle est permise, quoique tendant à diminuer la fortune du pupille. M. Accarias (*Précis de droit rom.*, n° 148, t. II, p. 345, note 3) conclut de notre texte que le tuteur ne peut pas faire de donations *dotis causa* à sa sœur, sans distinguer entre la sœur utérine et la sœur consanguine : le texte ne me paraît pas autoriser cette manière de voir. Mais il faut avouer que la loi 13, § 2 h. tit.), défend au tuteur de faire un *munus nuptiale* à la sœur du pupille, sans distinction.

l'insinuation fut écartée, la dispense de révocation pour cause d'ingratitude fut la seule conséquence du caractère onéreux de l'acquisition de la femme. Même quand elle émanait d'un ascendant paternel, la constitution de dot était traitée comme un acte à titre gratuit, car si le constituant ne s'appauvrisait pas, la femme s'enrichissait, ou du moins elle avait été directement et gratuitement investie par la loi de la créance dont la constitution de dot était l'acquittement.

D'après une opinion que la loi 7 C. (v, 14) semble contredire, la fille n'avait droit à une dot qu'autant qu'elle était dans l'indigence et dans l'impossibilité de se doter elle-même (1). Si cette opinion était exacte, elle introduirait dans notre question une complication que les interprètes ne signalent pas : la constitution de dot émanant d'un ascendant paternel ne serait un acte à titre onéreux que quand elle serait adressée à une fille privée de fortune personnelle ; s'adressant à une femme riche, elle serait une donation, une libéralité spontanée, et non l'acquittement d'une obligation.

Outre les ascendants paternels, et la mère dans des cas exceptionnels, certaines personnes, en constituant une dot, pouvaient acquitter une obligation, obligation non plus légale, mais conventionnelle. La *dictio dotis* était un procédé spécialement réservé aux débiteurs de la femme. La constitution de dot se ramène en pareil cas à un paiement, et l'on sait que le paiement ne peut être considéré comme un acte à titre gratuit ni comme

(1) Prévoyant qu'une dot est constituée par un père à une fille qui a des biens adventices, des *res maternas*, les jurisconsultes se demandent si la dot était promise par le père sur ses propres biens ou sur ceux de sa fille : question qui ne se serait pas posée si le père eût été, en pareil cas, dans l'obligation de doter sa fille. (Loi 5, § 12, D. xxiii, 3.) Mais la loi 7 C. (v, 14) parle en termes absolus de l'obligation du père de doter sa fille.

un acte à titre onéreux ; ce n'est pas un acte qui se suffise à lui-même ; c'est le dernier terme d'une opération plus compliquée, l'extinction d'une obligation préexistante. Pour savoir quelle est la nature d'une constitution de dot consentie par un débiteur de la femme, il faut rechercher si l'obligation dont il s'exonère a été contractée à titre onéreux ou à titre gratuit. Dans le premier cas, c'est un acte à titre onéreux dans toute la force du terme et avec tous les effets qui en découlent ; dans le second, c'est un acte à titre gratuit, tout comme une constitution de dot directement consentie au nom de la femme. Nous ne faisons allusion qu'à la situation de cette dernière ; quant au mari, ses droits sont toujours les mêmes.

Pour n'omettre aucune des hypothèses où la femme pouvait réclamer la constitution d'une dot, nous pourrions citer le cas où son droit dérivait d'un legs ou d'un *fidéicommiss*. L'héritier ou le légataire grevé d'une pareille charge, était tenu d'une obligation quasi-contratuelle ; il pouvait directement constituer la dot au mari, ou se laisser déléguer par la femme. Ce n'était d'ailleurs pas de ce tiers, à qui avait été imposée l'obligation de constituer la dot, que la femme était l'ayant-cause à titre gratuit. Ajoutons que dès le commencement de l'époque classique, quand le *legatum dotis constituendæ causa* était fait en vue d'un mariage projeté, ou s'adressait à une femme déjà mariée, le mari était directement investi du droit de réclamer l'exécution du legs ; c'était en qualité de légataire que la femme avait le bénéfice de l'action *rei uxoriæ* (1). Nous n'avons pas à nous occu-

(1) V. loi 48, § 1 (xxiii, 3) ; loi 69, § 2, de *Legat.*, 1^o ; loi 48, § 1 (xxiii, 3), et loi 71, § 3, de *Condit.* (xxxv, 1). Sur les opinions divergentes de Proculus, de Gaius, et de Julien et Papinien, quant aux effets de ce legs, voir M. PELLAT, *De la Dot*, p. 225 et suiv., et CZYHLARZ, *Op. cit.*, § 40.

per de ce legs, puisque nous recherchons seulement les hypothèses où la femme est donataire du constituant.

IV

Nous avons étudié jusqu'ici l'avantage que procurait à la femme l'exercice de l'action dotale (1); nous avons dit quand et comment elle pouvait être considérée comme l'ayant-cause à titre onéreux du constituant. La constitution de dot peut être pour elle l'occasion d'un bénéfice beaucoup plus appréciable : au lieu de constituer directement une dot au mari, un tiers peut faire à la femme une donation ou un legs, afin qu'elle se constitue une dot. Cette hypothèse est beaucoup plus voisine qu'on ne pourrait croire de celle qui nous a jusqu'ici

(1) On pourrait peut-être prétendre que le constituant de la dot était maître de procurer à la femme un bénéfice particulier, en lui assurant la reprise de sa dot dans un cas où l'action dotale ne la lui donnait pas; il y aurait là quelque chose d'analogue au *pactum de lucranda dote*, permettant au mari de garder la dot dans un cas où il aurait dû la rendre. Mais un tel avantage ne pouvait être procuré à la femme par le tiers constituant; il pouvait bien faire un *pactum de lucranda dote* avec le mari, puisqu'il traitait avec lui; il ne pouvait stipuler au profit de la femme la reprise de sa dot, parce qu'il ne traitait pas avec elle et qu'il y aurait eu là une stipulation pour autrui. Cette stipulation pour autrui est validée dans un cas exceptionnel par la loi 45 D., *Sol matr.* (xxiv, 3); mais cette décision dérogorie au droit commun est justifiée « favore nuptiarum et maxime propter affectionem personarum. » L'inefficacité de la stipulation qui nous occupe n'est-elle pas une preuve qu'il ne faut pas voir à la base de l'action *rei uxoriæ* une convention tacite, par laquelle le constituant a transporté à la femme le bénéfice de la stipulation qui lui assurait, à lui constituant, la reprise de la dot. Car, lorsque ce tiers stipulait au profit de la femme la reprise de sa dot dans un cas où l'action *rei uxoriæ* ne la lui donnait pas, n'aurait-on pas pu dire que ce tiers était censé s'être réservé à lui-même la reprise de la dot et avoir transporté son droit à la femme? Si ce raisonnement ne peut être fait ici, on ne peut l'employer pour justifier l'action dotale.

préoccupé ; nous allons l'envisager, en raisonnant uniquement sur la donation faite à la femme.

Cette donation peut présenter deux aspects très différents.

Elle peut être faite sous la condition expresse que les biens qui la composent seront employés à une constitution de dot. Une telle donation, subordonnée à la constitution d'une dot, ne se conçoit guère que si elle est faite en vue d'un mariage déterminé, ou avec fixation d'un délai dans lequel la femme devra se marier, ou enfin si elle est adressée à une femme déjà mariée. Faute que la condition prescrite soit remplie, le donateur reprend les biens donnés : la femme est tenue de la *condictio ob rem dati, re non secuta* (Loi 9 pr. xxiii, 3.). La condition se trouve défaillir si, la dot ayant été constituée, le mariage projeté vient à manquer, ou si, ayant été conclu, il est nul : en pareil cas, la *condictio* devait être directement ouverte au donateur contre le prétendu mari.

Quand une donation est faite sous une telle condition, jamais la femme à qui elle s'adresse n'en recueille d'autre profit que le droit à la restitution de la dot après le mariage dissous ; elle n'est ni plus ni moins donataire que si un tiers avait directement constitué la dot au mari.

Tout autre est la situation quand un tiers fait une donation à la femme pour lui permettre de se doter, en lui indiquant seulement l'emploi qu'elle pourra faire des biens donnés (1). Le donateur abdique définitivement tout droit sur les biens donnés ; la femme est libre

(1) Les lois 2, § 7, et 3, D., *de Don.* (xxxix, 5), distinguent suivant que l'indication de l'emploi à faire de certains biens donnés est ou non une condition de la donation.

de ne pas les employer à se doter ; si elle les constitue en dot, et que le mariage ne se fasse pas ou soit nul, c'est à elle qu'appartiendra la *condictio*. Faudra-t-il donc dans tous les cas la traiter comme donataire d'une valeur égale au montant des biens donnés ? Sa situation est-elle exactement celle d'une femme qui, ayant reçu à titre de donation pure et simple certains biens dont l'emploi n'avait fait l'objet d'aucune indication, les affecte à se doter (1) ?

Cette hypothèse peut être rapprochée de celle où un tiers, constituant une dot à un futur mari, attribue à la femme le droit de la réclamer par la *condictio* dans le cas où le mariage ne se ferait pas, ou, ayant été conclu, serait nul. Les textes nous présentent plusieurs exemples de cette situation :

1^o Loi 59, § 2 D. *de J. D.* (xxiii, 3). Un tiers a constitué une dot au nom d'une femme qu'il croyait libre et qui était esclave ; point de mariage, donc point de dot (2). Le constituant par hypothèse ne s'est pas réservé la *condictio* ; il a voulu, quoi qu'il arrivât, donner à la femme. Celle-ci étant esclave, c'est son maître qui bénéficiera de la *condictio* et obtiendra la dot du prétendu mari.

2^o Loi 43, § 1 (xxiii, 3). Un créancier d'un futur mari lui a fait acceptilation en vue de constituer une dot au nom de la femme. Si le mariage ne se fait pas, l'acceptilation sera non avenue, et le créancier pourra se faire payer. Mais s'il a consenti l'acceptilation avec l'intention de gratifier la femme, même si le mariage ne se faisait

(1) Aux termes de la loi 51 (xxiii, 3), la dot qu'une fille émancipée se constitue avec des biens que son père lui avait donnés n'est pas profectice.

(2) Toutefois, si, dans l'intention du constituant, les valeurs par lui fournies devaient former la dot de la femme, à quelque moment qu'elle se mariât, si plus tard elle était émancipée et que le mariage se formât, la constitution de dot valait depuis ce moment.

pas, c'est elle qui obtiendra remboursement de la créance.

3° Enfin un tiers qui savait ne rien devoir à une femme s'est laissé déléguer par elle, *dotis constituendæ causa* : il a voulu faire une donation à la femme, non pas seulement en lui procurant le bénéfice de l'action dotale, mais en lui conférant la *condictio* dans le cas où le mariage n'aurait pas lieu. Tandis que, dans les deux hypothèses précédentes, il fallait que cette volonté fût clairement exprimée, il semble qu'ici cette intention se présume : *Si, cum sciret se nihil mulieri debere, promississet, mulieris esse actionem*, dit la loi 7 pr. D. (xii, 4). Il faut avouer qu'à l'inverse, la loi 9 pr. *h. tit.* paraît supposer que le tiers qui s'est laissé déléguer a exprimé sa volonté généreuse : *Si donaturus mulieri, jussu ejus sponso numerari, nec nuptiæ secutæ sunt, mulier condictat*. En tous cas, la suite du texte admet tout au moins le tiers qui s'est laissé déléguer sachant ne rien devoir, à se réserver la *condictio* en prévision du cas où le mariage ne se ferait pas.

Si dans toutes ces hypothèses la femme a l'occasion d'exercer la *condictio*, et qu'elle obtienne ainsi les biens constitués en dot, elle est assurément donataire du tiers qui a fourni ces biens, et donataire d'une somme égale à leur valeur. Mais si la *condictio* ne s'ouvre pas, si la constitution de dot produit son effet, n'est-il pas logique que la femme ne soit traitée comme donataire du tiers que dans la mesure du bénéfice que lui procure l'action dotale, et non pour une somme égale à la valeur des biens constitués en dot ? Nous verrons que la femme qui, au cours du mariage, est poursuivie par l'action paulienne ou actionnée en révocation de la constitution de dot, donne seulement la caution *se restitutam quod consecuta fuerit* ; elle promet de restituer ce que

l'action dotale lui fera obtenir. Ne serait-il pas injuste, pour le motif que la *condictio* aurait pu lui profiter, de la traiter comme si elle était donataire de la valeur même des biens constitués en dot, alors qu'elle a seulement l'espoir de les obtenir par l'action dotale ?

Or, la situation d'une femme à qui une donation est faite pour qu'elle s'en constitue une dot, mais sans qu'il y ait là une condition expresse, n'est-elle pas analogue à celle d'une femme qui, dans les hypothèses précitées, peut réclamer le bénéfice de la *condictio* ? On objectera peut-être que, d'une part, il y a une constitution de dot faite par un tiers avec attribution à la femme de la *condictio* ; et, d'autre part, constitution de dot émanant de la femme elle-même, qui dès lors est tout naturellement investie de la *condictio*. C'est là justement qu'est l'erreur : la *condictio* n'appartient jamais à la femme que quand elle a elle-même constitué la dot. Ainsi en est-il quand la femme délègue au mari un tiers qui était ou qui n'était pas son débiteur ; c'est elle-même qui constitue la dot par voie de promesse ; elle est censée avoir reçu du tiers qu'elle délègue, et avoir payé aux mains du mari. Quand la dot est constituée par voie d'acceptilation de la créance d'un tiers vis-à-vis du mari, et qu'à défaut de mariage, c'est à la femme qu'il appartient d'exiger le paiement de cette créance, l'opération s'analyse comme il suit : la dette est censée avoir été payée, et le créancier en avoir fourni le montant à la femme qui l'a constitué en dot. Voilà pourquoi elle a la *condictio* ; elle la puise dans cette circonstance qu'elle a elle-même constitué la dot, car elle ne peut la tenir du donateur, l'acquérir d'une personne qui n'était pas sous sa puissance. (L. 43, § 1, D., xxiii, 3.)

Ainsi les hypothèses que nous avons envisagées plus haut se ramènent à une donation faite à la femme de

biens qu'elle se constitue en dot. Il y a donation avec indication de l'emploi à en faire : mais comme la donation et la constitution de dot sont concomitantes, comme c'est l'analyse qui les découvre dans un acte simple en apparence, il n'y aura pas identité, mais seulement analogie, avec le cas où une femme reçoit une donation afin de pouvoir se doter si bon lui semble.

Voici toutefois la conséquence pratique que nous pouvons tirer de cette analogie de situation. Si la femme ne s'est pas dotée, ou si la dot, ayant été constituée, a été reprise par la *condictio*, vu que le mariage est nul ou ne s'est pas conclu, il y a évidemment donation de toute la valeur des biens donnés. Mais si les biens donnés ont été employés à la constitution d'une dot, on peut prétendre sans témérité que, cette constitution de dot étant entrée dans les prévisions du donateur, la femme n'est donataire qu'à raison de l'action dotale à laquelle se réduit tout son bénéfice ; elle est dans la même situation que si un tiers avait constitué une dot en son nom.

CHAPITRE III

EFFETS DE LA CONSTITUTION DE DOT, SUIVANT LA NATURE DES ACQUISITIONS QUI EN RÉSULTENT AU PROFIT DE CHAQUE ÉPOUX

Nous allons maintenant faire connaître les effets que produit la constitution de dot, vis-à-vis des époux, conformément à la nature que nous lui avons assignée à l'égard de chacun d'eux. Nous n'aurons guère qu'à enregistrer les décisions contenues dans des textes formels ; ainsi, nous achèverons d'asseoir les solutions que nous avons posées, bien loin d'en déduire, à l'aide du seul raisonnement, les conséquences qu'elles comportent. Nous occupant de la constitution de dot vis-à-vis du mari, c'est à grand'peine que nous avons justifié le caractère onéreux attaché à son acquisition ; nous n'avons pas pu l'expliquer d'une manière satisfaisante, mais seulement indiquer le motif pour lequel la loi attache à l'acquisition du mari les conséquences qu'il nous reste à exposer. Aussi, le caractère de la constitution de dot, au moins à l'égard du mari, résulte surtout des effets qu'elle produit.

Pour plus de clarté, nous étudierons successivement la situation du mari et celle de la femme, au risque de nous répéter.

SECTION PREMIÈRE

CONSÉQUENCES DU CARACTÈRE ONÉREUX DE L'ACQUISITION DU MARI

Nous ne distinguerons pas, suivant que la dot a été constituée par la femme ou par un tiers. On observe d'ordinaire que la constitution de dot n'est, à proprement parler, un acte à titre onéreux que quand elle émane de la femme : la distinction, à supposer qu'elle soit fondée, est dénuée de tout intérêt pratique.

1° Le mari, en qualité d'acquéreur à titre onéreux, n'a jamais été astreint aux conditions de la loi Cincia, ni aux formalités de l'insinuation. (Loi 31 Pr. C., v, 12.)

2° Il n'y avait pas lieu de procéder, à l'égard du mari, pour les objets constitués en dot, à une description analogue à celle qui était prescrite pour les objets acquis à titre gratuit. (Loi un., C., x, 35.)

3° La dot n'était pas acquise au mari à titre gratuit; si donc une dot étant promise et non encore payée, le mari recevait par donation ou testament les biens qui en faisaient l'objet, il pouvait néanmoins poursuivre le paiement de la dot (Loi 19 D., *de Obl. et act.*, XLIV, 7 (1)). A l'inverse, le mari pouvait exiger l'exécution d'une donation quand les biens qu'elle comprenait lui avaient été constitués en dot.

4° Le mari à qui une dot a été constituée par voie de délégation ne peut, vu sa qualité d'acquéreur à titre

(1) Nous supposons que ce n'est pas du promettant que le mari a reçu à titre de legs; car le legs qu'un débiteur fait à son créancier de ce qu'il lui doit est nul. Mais le constituant pouvait léguer à la femme la dot qu'il avait promise au mari. (Loi 29 D., XXIII, 3.)

onéreux, se voir opposer les exceptions que le délégué aurait pu invoquer contre le délégant. Cette remarque n'a de portée qu'autant qu'il s'agit d'une exception perpétuelle, ne laissant subsister aucune obligation naturelle ; car les autres exceptions, l'exception *quod facere potest*, par exemple, que le délégué aurait pu invoquer contre le délégant, ne peuvent être opposées au délégataire, même s'il est un donataire.

En outre, c'est seulement tant que dure le mariage, et avant qu'il soit conclu, que le mari peut écarter les exceptions dont se prévaudrait le délégué. A supposer le mariage dissous, et la restitution de la dot due au constituant, et particulièrement à la femme qui s'est dotée *de suo*, le délégué peut opposer au mari les exceptions qu'il avait contre le délégant. Cette idée est indiquée dans la loi 41 pr. (xlii, 1), qui exclut le bénéfice de compétence, *maxime si constante matrimonio, petat (dotem maritus)* ; elle est surtout exprimée par la loi 9, § 1 D. (xii, 4) : *Sed si soluto matrimonio maritus peteret, in eo duntaxat exceptionem obstare debere quod mulier receptura esset.*

La règle qui nous occupe se trouve formulée en termes généraux dans la loi 78, § 5 (xxiii, 3). Le délégué qui a promis ou payé une dot, alors qu'il avait une exception contre le délégant, ne peut se dispenser de la fournir ni la répéter ; mais il a la *condictio* contre le délégant pour obtenir le remboursement de ce qu'il a payé, ou se faire décharger de son obligation. Voici les applications principales de cette idée :

Un tiers, qui croyait être débiteur de la femme, s'est laissé déléguer au mari ; revenu de son erreur, il ne peut, à la poursuite du mari, opposer une exception de dol ; s'il a payé, il ne peut répéter : *Maritus enim suum negotium gerit..., nec decipiendus est* (Loi 9, § 1 D., xii, 4).

C'est la même idée qu'exprime la loi 4, § 21, D. (XLIV, 4) : Le tiers que le dol de la femme a amené à se laisser déléguer ne peut opposer au mari l'exception de dol, *ne indotata fiat mulier*. Il est réduit à la *condictio* contre la femme pour obtenir d'elle ce qu'il a payé, ou se faire libérer, s'il n'a pas encore fourni la dot (1). Toutefois, on accorde au délégué la *condictio* contre celui auquel il a constitué la dot, quand le mariage ne se fait pas (2). Est-il besoin d'ajouter qu'il peut, dans la même hypothèse, repousser la poursuite de celui à qui il a promis une dot non encore payée ?

Etant débiteur, j'ai délégué à mon créancier un tiers qui veut me faire une donation égale au chiffre de ma dette ; cette donation est, par hypothèse, immodérée, *supra legitimum modum*. Mon créancier ne pourra cependant se voir opposer l'exception *legis Cinciae*. A cet égard, le mari devra être traité comme un créancier, comme un acquéreur à titre onéreux. Si un tiers, dans le but de faire une libéralité à la femme, s'est laissé

(1) Les textes précités ne sont que des applications des lois 12 D., *de Novat.*, et 2, §§ 3 et 4, *de Donat.*, qui distinguent suivant que le délégataire est acquéreur à titre onéreux ou à titre gratuit, pour savoir s'il peut repousser les exceptions dont se prévaut le délégué.

(2) Loi 7 pr. D., XII, 4. Ce texte prévoit trois hypothèses distinctes : si le tiers s'est laissé déléguer croyant devoir, c'est à lui qu'est ouverte la *condictio* ; s'est-il laissé déléguer sachant ne pas devoir, la *condictio* appartient à la femme, s'il ne se l'est pas réservée ; que si enfin le délégué était réellement débiteur de la femme, et que, la dot une fois payée, le mariage ne se fit pas, la *condictio* est encore ouverte au délégué, d'après notre loi 7 pr. *in fine* ; mais il doit la céder au délégant. De droit commun, cependant, quand le délégant ne doit pas au délégataire, n'a-t-il pas directement la *condictio* contre ce délégataire pour s'indemniser de la perte de sa créance sur le délégué ? (Cf. Accarias, t. II, n° 699 *in fine*. Loi 1, § 11 D., *Quar. rer. act.*, XLIV, 5.) M. Accarias, p. 722, note 2, admet que c'est seulement au cas où le délégué ne devait rien au délégant et celui-ci rien au délégataire, que le délégué a une action et une exception contre le délégataire lui-même. (Loi 7, § 1, *de Dol. mal.*, XLIV, 4.) Mais, d'après notre texte, la *condictio* est donnée au délégué dans un cas où il devait au délégant.

déléguer *dotis constituendæ causa*, le mari obtiendra la somme promise, *non ducturus uxorem nisi dotem accepisset*. (Loi 5, § 5, D., XLIV, 4),

5° Le mari ne pourra se voir opposer par le promettant de la dot l'exception *quod facere potest*, qui est invoquée avec succès contre les donataires. Toutefois, n'oublions pas que ce bénéfice n'est pas seulement accordé à raison de la nature de la dette, qu'il appartient aussi au débiteur que certains liens personnels ou de famille unissent au créancier : le beau-père, la femme qui ont promis une dot au mari, se prévaudront utilement à son égard de l'exception *quod facere potest*.

Tant que dure le mariage, ce bénéfice appartient certainement au beau-père poursuivi en paiement de la dot (1). Il n'est pas inutile d'observer que c'est en qualité de beau-père, et non de donateur, que le promettant invoque l'exception. On sait que la somme à laquelle était condamné un donateur ne pouvait excéder la valeur de ses biens, déduction faite de ses dettes et de la somme nécessaire pour subvenir à ses besoins les plus pressants ; tout autre débiteur auquel notre bénéfice appartenait ne pouvait encourir une condamnation excédant la valeur de ses biens, mais sans que les déductions précitées fussent possibles (2). Il est vrai qu'en vertu d'une réforme dont les compilateurs des Pandectes prirent sans doute l'initiative, tout débiteur quelconque, ayant le droit de n'être condamné que dans la limite de ses facultés, obtenait la déduction d'une somme suffisante pour vivre : faveur probablement

(1) Loi 84 D. (XXIII, 3), et loi 22 D., *de Re jud.* (XLII, 1). Ces deux textes emploient le mot *utique*, que M. Pellat traduit par « sans doute ; » mieux vaut dire « en tous cas, sans aucun doute. » *Add.* loi 15, § 2, *Sol. matr.* (XXIV, 3).

(2) Lois 16 et 19 pr. et § 1, D., *de Re jud.* (XLII, 1).

illusoire quand il avait d'autres créanciers. (Loi 173 D., *de Reg. juris*, L, 17.) Ce qui prouve en tous cas qu'avant cette réforme, un beau-père ne pouvait pas, comme un donateur, n'encourir condamnation que dettes déduites, c'est qu'il arrivait aux beaux-pères de faire dans la constitution de dot certaines réserves : *quum commodissimum esset, quum potuero*, auxquelles les jurisconsultes romains prêtaient le sens suivant : « Ce que je pourrai payer, dettes déduites (1). »

Le mariage dissous, il semblerait logique de refuser au beau-père l'exception *quod facere potest* ; tout lien est rompu entre son gendre et lui. Cependant, on la lui accorde encore ; d'après la loi 84 *de Jure dot.*, il faut, pour l'en priver, avoir égard aux circonstances et à la personne ; on la lui refusera, s'il a promis frauduleusement une dot qu'il savait ne pouvoir pas fournir. Paul déclare équitable (*aequum*), d'accorder ce bénéfice à l'ex-beau-père ; mais il constate avec Nératius que la pratique était en sens contraire. (Loi 21 D., XLII, 1.) Le même jurisconsulte affirme ailleurs encore, avec Nératius et Proculus, que l'admission de notre exception était conforme au droit (*justum*). (Loi 17 pr., XXIV, 3.) Donc, en principe, le beau-père pouvait, après le mariage dissous, se prévaloir de l'exception ; mais la pratique faisait fléchir ce principe quand le débiteur était peu digne d'intérêt.

Même quand le mariage avait pris fin, c'était à raison de sa qualité de beau-père que le débiteur de la dot pouvait invoquer notre bénéfice, et non comme donateur. Qu'est-ce qui nous révèle que les lois 21 et 17 précitées ont trait à une poursuite en paiement de la dot postérieure à la dissolution du mariage ? Pour la loi 21,

(1) Loi 79, § 1 (XXIII, 3) ; loi 125 D., *de Verb. sign.* (L, 16).

c'est le texte qui la suit immédiatement et qui précise l'hypothèse de cette loi 21. Mais pour nos deux textes, c'est surtout cette circonstance, qu'ils prévoient en même temps, ou qu'ils sont rapprochés de textes prévoyant l'action en restitution de dot dirigée contre le mari ou son *pater* (1). En pareil cas, l'exception *quod facere potest* est accordée ; et cependant la demande en restitution de la dot se produit assurément après la dissolution du mariage, à une époque où la femme n'est plus unie par aucun lien à son mari ou à son beau-père. La femme n'étant assurément pas donataire de l'un ni de l'autre, quand la dot lui est restituée, l'exception ne peut s'expliquer que par le lien qui l'unissait à eux et que le mariage a rompu ; c'est pour le même motif que le mari ne peut faire condamner son ex-beau-père que dans la limite de ses facultés.

Quant au tiers, à l'*extraneus* qui a promis une dot, on ne lui accorde pas l'exception *quod facere potest*, qui ne pourrait s'expliquer que par l'idée d'une donation. (Loi 84 D., xxiii, 3.) L'opinion contraire a cependant été appuyée sur un texte d'Ulpien, la loi 33, *de Jure dot.* La question que se pose principalement Ulpien est celle de savoir dans quels cas une femme intentera avec succès l'action *rei uxoriæ* contre le mari, à raison d'une dot qui ne lui a pas été payée. Le mari, conclut le jurisconsulte, n'est pas tenu de délivrer à la femme la dot

(1) Les lois 15, § 2, et 16, qui précèdent notre loi 17 pr. (xxiv, 3) supposent qu'une femme exerce l'action dotale contre son ex-beau-père. Bien plus, la loi 17, § 1, qui prévoit une demande en paiement de la dot, dirigée par le mari contre la femme, suppose une action intentée après le mariage, puisqu'il accorde l'exception à la femme « *quum socia fuit.* » Enfin, la même loi 17, § 2, accorde notre exception au mari poursuivi par l'action dotale. Le *principium* de ce texte se réfère donc assurément, comme tous les textes qui l'entourent, à une demande qui se produit après la dissolution du mariage.

qu'il n'a pas touchée, toutes les fois que le promettant de la dot, qu'il a négligé de poursuivre, aurait pu lui opposer l'exception *quod facere potest* (1); or, ce droit appartient au tiers généreux qui, sans rien devoir à la femme, a constitué la dot en son nom. Le mari ne serait donc responsable des conséquences de sa négligence à poursuivre le constituant, qu'au cas où la dot aurait été promise par un débiteur de la femme.

La faculté que la loi 33 suppose appartenir au tiers constituant est inexplicable en raison; l'opinion d'Ulpien est donc bien hasardée, et d'ailleurs plusieurs textes la contradisent. M. Pellat s'applique à faire ressortir entre notre loi 33, *de Jure dot.*, et la loi 41 D., *de Re jud.*, une antinomie qui n'est pas très apparente. Dans ce texte, Paul refuse au tiers qui s'est laissé déléguer au mari sans rien devoir au délégant, le droit d'invoquer contre le mari l'exception *quod facere potest*, qui lui appartenait contre le délégant. Or, il n'y a pas là une règle spéciale au droit dotal, mais l'application d'un principe général en matière de délégation. Le délégataire, acquéreur à titre onéreux, ne peut se voir opposer les exceptions perpétuelles qui compétaient au délégué contre le déléguant; et s'il s'agit d'une exception non perpétuelle, comme celle qui nous occupe, elle ne peut même pas être opposée à un délégataire acquéreur à titre gratuit. Malgré la loi 41, qui applique à un cas spécial de constitution de dot un principe étranger au droit dotal, on aurait pu prétendre que le tiers qui, directement, constitue une dot au nom de la femme, avait contre le mari l'exception *quod facere potest*, puisque

(1) Cette opinion est très favorable au mari, qui se trouve libéré même quand il n'est pas exempt de tout reproche : il a pu négliger de poursuivre le promettant à un moment où il n'aurait pas été en droit de se prévaloir de l'exception.

ce n'était pas en qualité de mari, ni même en qualité d'acquéreur à titre onéreux, mais seulement en tant que délégataire, que le mari la repoussait dans l'hypothèse de la loi 41. Ce n'est donc pas avec ce texte que la loi 33 est en contradiction, mais avec un autre texte de Paul, la loi 84, *de Jure dot.* Labéon refusait, en tous cas, notre exception au promettant de la dot, même au père de la femme ; Paul redresse cette opinion, mais en ajoutant : *Quod ad extraneum attinet, semper hoc verum est.*

Nous sommes donc en présence d'une question qui divisait les jurisconsultes romains (1); comment la trancher ? Rappelons-nous que la constitution de dot n'est pas dans toute la force du terme un acte à titre onéreux ; que le constituant s'est dépouillé en pure perte. Ne pouvait-on pas lui reconnaître l'exception *quod facere potest*, comme on l'exemptait de la garantie ? Les principes ne nous fournissent donc pas le moyen de prononcer en toute certitude. Cependant, l'opinion de Paul semble s'imposer. Sans doute, c'est un procédé devenu banal, pour écarter les textes embarrassants dus au jurisconsulte Ulpien, que de l'accuser d'avoir soutenu imprudemment des théories généralement repoussées. Toutefois, il y a ici un motif spécial de décider : la circonstance que le beau-père était parfois privé de notre exception après le mariage dissous, et qu'à l'origine, Labéon la lui refusait dans tous les cas, sont des indices que ce bénéfice n'était jamais accordé au constituant de la dot en cette seule qualité, et à raison d'une prétendue donation qu'il aurait faite au mari. Donc le constituant *extraneus* n'avait pas droit à notre exception.

(1) On sait que Cujas (*Observ.*, xii, 17, t. III, p. 316), a essayé de supprimer la contradiction des textes : la femme, suivant la loi 33, ne pourrait pas faire grief au mari de n'avoir pas poursuivi un constituant qui aurait pu invoquer contre elle l'exception *quod facere potest*.

6° Le mari qui a reçu une dot d'un insolvable n'est en butte à l'action paulienne que s'il a connu l'insolvabilité du constituant. Peu importe que la dot lui ait été fournie par la femme ou par un tiers (1). Nous reviendrons sur ce point en étudiant la situation de la femme dotée.

7° C'est également à propos de l'ingratitude de la femme dotée que nous indiquerons les conséquences possibles de l'ingratitude du mari vis-à-vis du constituant.

8° Nous avons dit que la constitution de dot n'était pas un acte onéreux dans toute la force du terme, parce que le constituant ne recevait aucun équivalent, et s'appauvrisait comme un donateur. De cette idée, nous ne pouvons indiquer qu'une seule conséquence, d'une importance capitale à la vérité : le constituant ne devait pas la garantie d'éviction. A cet égard, la femme qu'on déclare d'ordinaire avoir procédé à un acte à titre onéreux véritable quand elle se dotait *de suo*, était exactement dans la situation d'un constituant *extraneus*.

Si le mari évincé n'a pas, en principe, l'action en garantie, il aura parfois un autre recours, et même l'action en garantie pourra lui appartenir à certaines conditions. Le texte capital en la matière est la loi 1 C., *de Jure dot.* (v, 12); ce qui la rend particulièrement instructive, c'est qu'elle présente le tableau des différents recours qui peuvent être ouverts au mari, et, en même temps, pose le principe que l'action en garantie ne lui appartient pas : *Nulla marito competit actio* (2).

Le mari traité comme donataire du constituant n'a pas l'action en garantie, mais on sait que, si la garantie

(1) Loi 10, § 14, et loi 25, §§ 1 et 2, D., *Quæ in fr. cred.* (xlii, 8).

(2) Voir M. LABBÉ, *De la Garantie*. M. Labbé étudie la garantie en général, et s'occupe spécialement de la garantie dans les actes à titre gratuit et les constitutions de dot. C'est lui qui, le premier, a présenté et justifié les distinctions qui suivent.

n'est pas de la nature de la donation, une stipulation formelle peut l'y attacher. Suivant quelques interprètes, la loi 1 C. (v, 12), dans sa première proposition, prévoit une stipulation de ce genre : elle admet le mari évincé à recourir en garantie par une *condictio* : *Si pollicitatio aut promissio fuerit interposita*. Ce texte viserait une promesse formaliste (*promissio*), ou un simple pacte (*pollicitatio*) ayant trait à la garantie. On sait que, depuis Théodose II, la dot pouvait être constituée par simple pacte, et les conventions accessoires à cette constitution, être faites en la même forme (1). Au premier cas, le mari aurait eu recours par l'action *ex stipulatu*; au second cas, par une *condictio ex lege*.

Cette interprétation est acceptable ; on en a proposé une autre plus satisfaisante. La loi 1 ferait allusion au recours qui appartient au mari indépendamment de toute stipulation de garantie, quand la dot a été constituée par voie de *promissio* ; ce recours spécial est clairement indiqué dans la loi 98 pr. D., *de Evict.* (xxi, 2) ; nous dirons plus loin comment il s'explique. Il est vraisemblable que les mots *promissio et pollicitatio* de notre loi 1 se réfèrent uniquement au mode de constitution de la dot. En effet, le mot *pollicitatio* n'a pu être employé par les empereurs Sévère et Antonin Caracalla dans leur constitution. Que les compilateurs de l'époque de Justinien l'aient ajouté pour marquer que depuis la réforme de Théodose le Jeune, la promesse de garantie pouvait résulter d'un simple pacte, c'est possible ; mais cette addition n'était guère utile. Il est plus probable que la constitution, dans son texte primitif, mentionnait la *promissio* et la *dictio* ; la *dictio* n'était qu'un mode particulier de constitution de dot, une promesse de

(1) Loi 6 C., *de Dot. promis.*, v, 11.

forme spéciale, accessible seulement à quelques personnes, et donnant ouverture, en cas d'éviction du mari, au même recours que la *promissio*. Quand la *dictio* fut tombée en désuétude, au lieu d'effacer ce mot des textes qui le contenaient, on y substitua celui de *pollicitatio* (1). Nous en aurions ici un exemple. On voit que l'emploi du mot *pollicitatio* ne s'explique guère, dans notre constitution, que si elle a trait au mode de constitution de la dot.

La garantie pouvait cependant faire l'objet d'une promesse formelle ; mais, à mon sens, la loi 1 ne vise pas une telle convention, dont on trouve d'ailleurs la trace dans d'autres textes (2).

Comment expliquer le recours qui appartient au mari en cas de *promissio*, si l'objet fourni en exécution de la promesse est évincé ?

Il n'y faut voir que l'exercice d'un droit de recours qui appartient même aux donataires, et qu'on doit dès lors reconnaître au mari, bien qu'au point de vue de la garantie d'éviction, il ne soit qu'un acquéreur à titre gratuit. La loi 45, §§ 1 et 2, et la loi 46, *de Legat.*, 1^o, ouvrent un recours aux donataires et légataires, quand le don ou le legs qui a été acquitté par la prestation d'une chose

(1) Le mot *pollicitatio* répondant à l'idée d'une promesse unilatérale, sans intervention de la volonté du créancier, on pourrait contester qu'il pût servir à désigner un mode de constitution de dot ; mais, pour ce motif, il pourrait tout aussi peu servir à désigner une promesse de garantie. Pour prouver que le mot *pollicitatio* était employé à la place du mot *dictio*, on peut observer d'abord que les empereurs Théodose et Valentinien s'en sont servis pour désigner le simple pacte, qu'ils déclaraient suffisant à la constitution d'une dot ; on peut remarquer surtout que la *dictio* supposait bien le concours de la volonté des deux parties, mais qu'en la forme, elle se rapprochait singulièrement d'une *pollicitatio*, puisqu'elle consistait en une simple promesse par voie d'affirmation, et non pas en une question suivie de réponse.

(2) Loi 23 D., *de Evict.* (xxi, 2) ; loi 52 D. *de Jure dot.* (xxiii, 3).

plus tard évincée, portait sur un objet de genre et non sur un corps certain. C'est à la même condition qu'il faut subordonner le recours du mari : c'est ce que Czyhlarz ne semble pas avoir entrevu quand il dit : « Le constituant, en vertu de sa *promissio*, est obligé au transfert de la propriété, et peut toujours, dès lors, en cas d'éviction, être passible d'un recours, faute d'avoir rempli sa promesse par le paiement d'une chose appartenant à autrui (1). » Avec ce raisonnement, il faudrait admettre le recours du mari évincé d'un objet constitué par voie de *datio*. Le recours, encore une fois, n'est possible que si la promesse portait sur un objet déterminé seulement dans son genre.

L'étendue d'application de ce recours est étroite ; en outre, l'indemnité qu'il fait obtenir peut être très différente de celle qui résulterait de l'action en garantie. La réparation se limite à la valeur qu'avait l'objet promis lors de la *promissio*, c'est-à-dire au chiffre de la constitution de dot. Elle se calcule non pas d'après la valeur du bien évincé, mais d'après la valeur de l'objet que le mari pouvait exiger en vertu de la promesse. En conséquence, les augmentations de valeur que l'objet fourni avait pu recevoir dans l'intervalle du paiement à l'éviction sont perdus pour lui ; mais, à l'inverse, si cet objet avait subi une dépréciation, l'éviction tourne à l'avantage du mari. Sans même supposer que le bien constitué en dot se soit déprécié ou amélioré, si le promettant, qui pouvait se libérer en livrant des objets de valeur moyenne, a livré les objets les plus précieux dans leur genre, le mari évincé n'obtiendra pas d'objets d'une valeur équivalente,

Le recours qui nous occupe pourra encore avoir lieu

(1) *Op. cit.*, § 61, p. 209.

dans une autre hypothèse que celle de la promesse d'un objet déterminé seulement dans son genre. Le constituant a pu promettre une dot d'une façon plus indéterminée encore ; il a pu simplement promettre une dot convenable. En cette forme, la constitution de dot n'était d'ailleurs accessible qu'au père de la femme ; la dot était alors fixée suivant les facultés du père et la dignité du mari (Loi 69, § 4 D., xxiii, 3). Si, en pareil cas, il a été fourni une dot considérable, disproportionnée, le mari évincé n'obtiendra qu'une dot moyenne.

A défaut d'une stipulation expresse de garantie, et quand la constitution de dot ne résulte pas de la promesse d'un objet déterminé seulement dans son genre, le mari a un recours par l'action *ex empto*, si les objets constitués en dot ont été estimés. L'estimation dont il est ici question est celle qui vaut vente, et non pas l'estimation qui, ne valant pas vente et ne dispensant pas de la restitution en nature, peut intervenir pour des motifs variables, et spécialement pour fixer la valeur des objets sujets à dépérissement. Le recours par l'action *ex empto*, c'est-à-dire la garantie proprement dite, n'est pas ouvert par une telle estimation. C'est ce que déclare la loi 69, § 7 (xxiii, 3) qui suppose toutefois qu'un recours puisse être fondé sur un autre motif.

La loi 1 C., *de Jure dot.*, admet formellement la garantie en cas d'estimation, car alors le mari est assimilé à un vendeur. Le § 105 des fragments du Vatican, et la loi 34 *in fine* (xxiii, 3), fondent la garantie sur la même circonstance ; et la loi 75 (xxiii, 3), qui déclare que la femme peut recourir contre son auteur duquel elle avait stipulé le double, quand le mari est évincé de l'immeuble qu'elle lui avait constitué en dot, et qui motive ce recours par l'intérêt qu'a la femme à être dotée, spécifie bien que cet immeuble avait été remis au mari sans estimation.;

sans quoi, le mari ayant un recours contre la femme, celle-ci aurait un intérêt évident à pouvoir se retourner contre son vendeur. C'est parce que, faute d'estimation, elle n'est personnellement exposée à aucun recours, qu'elle ne peut puiser son droit à la garantie que dans l'intérêt général qu'a toute femme à être dotée (1).

Toutefois, à la différence d'un acheteur ordinaire, le mari n'avait droit, en cas d'éviction, qu'à une réparation au simple. S'il n'obtenait pas d'avantage par l'action *ex empto*, il pouvait, par une convention formelle, se ménager la réparation au double (Loi 52 D., xxiii, 3). Quand le mari, par l'action *ex stipulatu duplæ*, avait obtenu le double de la dot, c'était tout ce qu'il avait reçu qu'il devait restituer à la femme sur l'action dotale (Loi 16 D., xxiii, 3).

Enfin, la loi 1, *de Jure dot.*, nous apprend que le dol du constituant donnait un recours au mari évincé. Jusqu'ici, nous avons assimilé la femme qui s'était dotée au tiers constituant ; quand le recours est fondé sur le dol, nous avons à signaler entre eux une différence de forme plutôt que de fond. Contre la femme, ce n'était pas l'action *de dolo*, mais une action *in factum*, aboutissant aux mêmes conséquences pratiques sans entraîner infamie,

(1) D'après CZYHLARZ (*Op. cit.*, p. 209, note 4), la loi 75 viserait une stipulation du double en cas d'éviction expressément intervenue entre le mari et la femme, et aurait le même sens que la loi 52 D., (xxiii, 3). C'est l'erreur que M. Pellat relevait déjà dans Hulot (*Textes sur la dot*, p. 379, note 1).

Quand la dot avait été directement constituée par un débiteur de la femme, ou qu'elle avait été fournie par un débiteur délégué par la femme au mari, si la femme avait droit à garantie contre ce débiteur obligé vis-à-vis d'elle à titre onéreux, elle puisait, dans son intérêt à être dotée, le droit de recourir contre lui ; il y avait là quelque chose d'analogue à ce que prévoit la loi 75. Bien que la femme ne fût pas personnellement tenue à garantie, elle devait assurément transporter à son mari ce qu'elle avait obtenu du constituant de la dot ou du débiteur qu'elle avait délégué.

qui compétait au mari (1). Les résultats de l'action de dol n'étaient du reste pas les mêmes que ceux de l'action en garantie. Le mari obtenait seulement la valeur du bien évincé. S'il attachait à ce bien un intérêt spécial, il n'obtenait pas satisfaction sur ce point; et s'il avait fait sur la chose évincée des dépenses voluptuaires, ou des dépenses utiles supérieures à la plus-value qu'elles avaient produites, il subissait une perte. (Loi 45, § 1, *de Act. empt.*; loi 18, § 3 D., *de Donat.*, xxxix, 5.)

En résumé, le mari n'a droit à la garantie que quand il l'a stipulée ou que les biens dotaux ont fait l'objet d'une estimation qui vaut vente. Mais, indépendamment de la garantie, il peut avoir un recours moins efficace, quoique très sérieux, quand le constituant s'est rendu coupable d'un dol ou que la constitution de dot résulte de la promesse de choses déterminées seulement dans leur genre (2).

Nous avons dit qu'on n'avait jamais prétendu astreindre plus étroitement à la garantie la femme qui s'était dotée que le constituant *extraneus*. C'est seulement le père de la femme qu'on a parfois voulu obliger plus strictement à réparer les conséquences de l'éviction subie par le mari (3). Il n'y en a aucun motif. La circonstance que le père de la femme était dans l'obligation de la doter est sans influence vis-à-vis du mari. La loi 71, *de Evict.* (xxi, 2), nous fournit la preuve que le père de

(1) C'est l'application d'une idée générale suivant laquelle les époux se doivent égards et ménagements. (Loi 2 D., xxv, 2.) Sur ce point, la loi 69, § 7 (xxiii, 3), qui donne l'action de dol contre la femme, doit être corrigée par notre loi 1^{re} *de Jure dot.*

(2) C'est à raison des différents recours auxquels le mari peut avoir droit en cas d'éviction que Justinien lui donna hypothèque générale sur les biens du constituant, qu'il s'agit de la femme ou de tout autre constituant. (Loi 1, § 1, C., *de Rei uxoris act.*, v, 13.)

(3) CZYHLARZ, *Op. cit.*, § 62, p. 210.

la femme n'était tenu de la garantie que suivant le droit commun ; elle admet un père, qui a constitué en dot à son gendre des valeurs qu'il tenait d'un *non dominus*, à recourir contre son auteur quand le gendre est évincé. Son recours est fondé sur l'intérêt qu'a un père à voir sa fille dotée. Que serait-il besoin d'invoquer cet intérêt moral, si le constituant était, de la part de son gendre, en butte à une action récursoire ? A la vérité, le beau-père devra transporter à son gendre le bénéfice de l'action en garantie ; mais ce n'est pas là une conséquence de la garantie dont il serait tenu à son égard.

SECTION II

CONSÉQUENCES DU CARACTÈRE GRATUIT DE L'ACQUISITION DE LA FEMME

La gratuité de la constitution de dot à l'égard de la femme entraîne des conséquences que nous allons énumérer. Nous ne pourrons pas, du reste, lui appliquer tous les effets des donations, car il en est plusieurs dont elle était dispensée. En outre, elle produisait certains effets qui s'expliquaient par son caractère gratuit et qui, cependant, n'étaient pas attachées aux donations ordinaires, à l'origine au moins.

Rappelons que la constitution de dot cessait d'être pour la femme un acte à titre gratuit, quand elle l'avait ignorée ou qu'il y avait été procédé par une personne tenue de doter. Mais cette circonstance n'écartait que la possibilité de la révocation pour cause d'ingratitude.

1° Les fragments du Vatican (§§ 305 et 306) nous apprennent que la constitution de dot n'était pas soumise, à l'égard de la femme, aux conditions de la loi Cincia.

Une telle dispense n'a de sens qu'autant qu'elle s'applique à une donation. M. Bechmann, qui se refuse, en principe, à voir dans la constitution de dot un acte à titre gratuit vis-à-vis de la femme, a prétendu que cette dispense s'appliquait à la donation faite à la femme pour qu'elle se constituât une dot (1) : mais les expressions *dotem dare* et surtout *dotem conferre* ne peuvent s'entendre de cette opération.

2° La constitution de dot fut également dispensée des formalités de l'insinuation. (L. 31 pr., C., v, 12.) Nous avons longuement expliqué comment Bechmann comprend ce texte.

Peut-être prétendra-t-on qu'il y a subtilité à dire que la constitution de dot est un acte à titre onéreux vis-à-vis du mari, parce que l'insinuation ne s'y applique pas, et un acte gratuit vis-à-vis de la femme parce que la loi le dispense de ses formalités. Ces deux raisonnements sont également pertinents et sont suggérés par la lecture attentive de la loi 31 pr. S'agit-il du mari, elle ne dispose pas; elle constate une pratique qu'elle déclare conforme à une saine intelligence du droit. Pour la femme, au contraire, le texte dispose que les formalités imposées aux donataires ordinaires ne seront pas exigées d'elle. *Recte quidem eas (dotes) mariti sine monumentorum observatione suscipiebant*. Et plus loin : *Sancimus itaque in omnibus hujusmodi casibus nullis monumentis indigere* (2).

3° La femme qui s'est rendue coupable d'ingratitude vis-à-vis du constituant encourt la révocation de la libé-

(1) BECHMANN, *Das römische Dotalrecht*, I, p. 211.

(2) Il est superflu d'observer que la prohibition des donations entre époux ne trouvait pas sa place dans la constitution de dot : pour que la femme fût donataire de son mari, il faudrait que la dot eût été constituée par lui-même. Ce qui serait absurde,

ralité. On sait que le droit de révoquer les donations, en cas d'ingratitude n'existait primitivement qu'au profit du patron vis-à-vis de l'affranchi (1). En l'année 349, il fut accordé au père et, sous certaines conditions, à la mère; puis, en l'année 426, à tous les ascendants. C'est seulement Justinien qui déclara toutes les donations révocables pour cause d'ingratitude. (L. 10 C., *de Revoc. don.*, viii, 55, et *Inst.* ii, 7, § 2.)

La révocation de la constitution de dot n'est pas admise par des textes formels; nous avons seulement deux lois qui déclarent que l'ingratitude de la femme est sans influence sur les droits du mari (2). Elles nous apprennent justement ce qui ne pouvait guère être mis en doute; mais on en peut conclure par *a contrario* que la femme ingrate perdait le bénéfice qui lui avait été procuré. De nos deux textes, en effet, on peut tirer deux arguments *a contrario* dont un seul est acceptable : ou bien que le mari qui s'était personnellement montré ingrat vis-à-vis du constituant perdait ses droits; ou bien que la femme ingrate était dépouillée des siens. Cette dernière conclusion est seule acceptable. Outre que le mari était considéré comme un acquéreur à titre onéreux, on peut, pour démontrer que son ingratitude était indifférente au maintien de ses droits, faire l'observation suivante : avant l'innovation contenue dans la loi 10, *de Revoc. don.*, l'ingratitude du mari, à supposer même qu'il fût donataire du constituant, eût été pratiquement indifférente; pour que la dot lui fût retirée, il

(1) Peut-être la révocation était-elle possible sans que l'affranchi donataire fût coupable d'ingratitude.

(2) Loi 69, § 6, D. (xxiii, 3); loi 24 C. (v, 12). La première déclare qu'une dot simplement promise par un patron doit être fournie malgré l'ingratitude de l'affranchie dotée; la seconde, qu'il faut respecter les droits que le mari a pu conserver sur la dot après le mariage dissous.

aurait fallu que le constituant fût son patron ou son ascendant. Or, ce n'était pas par le patron ou l'ascendant du mari, mais bien par ceux de la femme que la dot était constituée. Les deux textes qui déclarent l'ingratitude de la femme sans effet sur les droits du mari ne peuvent donc pas viser, même indirectement, les conséquences de l'ingratitude du mari, puisqu'ils sont antérieurs à la réforme de Justinien.

Nous arrivons donc aux conclusions suivantes : l'ingratitude du mari est dans tous les cas indifférente à la conservation de ses droits, et, à plus forte raison, de ceux de la femme. L'ingratitude de la femme lui fait perdre ses droits, mais sans qu'il en résulte aucune atteinte à ceux dont le mari est investi pendant le mariage, ou qu'il conserve après sa dissolution. En conséquence, si la révocation est poursuivie contre la femme, elle donnera seulement la caution *se restitutam quod consecuta fuerit*. Si l'action dotale ne s'ouvre pas à son profit, le donateur ne recouvrera rien. Ces solutions doivent être maintenues, même quand le mari a été complice de l'ingratitude de la femme (1).

4° La femme, en qualité d'acquéreur à titre gratuit, doit être en butte à l'action paulienne, quand la dot a été constituée en fraude des créanciers du constituant ; sa bonne foi ne suffit pas à l'en préserver. A la vérité, cette solution est loin de se dégager des textes.

La loi 25, § 1, D., *Quæ in fraud. cred.* (xlii, 8), fait connaître les conséquences de la participation de chaque

(1) Comme bien on pense, le constituant pouvait opposer à la femme l'exception *quod facere potest*, quand celle-ci lui réclamait la dot. Cela ne se conçoit que dans l'hypothèse où le mari, n'ayant pas obtenu le paiement d'une dot promise, pouvait se libérer vis-à-vis de la femme qui lui réclamait la dot, en lui cédant son action contre le constituant. (Loi 33, D. xxi, 3.)

époux à la fraude du constituant. Reprenons les hypothèses qu'il prévoit dans l'ordre qui facilitera le plus notre exposition.

a) Les deux époux ont connu l'insolvabilité du constituant; ils sont tenus tous deux de l'action paulienne. Les créanciers frustrés obtiennent satisfaction immédiate. Cette solution s'impose, quelle que soit la nature de l'acquisition réalisée par les époux.

b) Les deux époux ont ignoré la fraude. Le mari, acquéreur à titre onéreux, verra ses droits respectés; en effet, on doit dire de lui que *certat de damno vitando*; d'ailleurs, la loi ne donne pas lieu au doute à cet égard.

Quant à la femme, puisqu'elle est donataire, sa bonne foi ne suffit pas à la garantir. C'est bien la solution qu'indique timidement le texte : *Si neuter scierit, quidam existimant nihilominus in filiam dandam esse actionem, quia intelligitur quasi ex donatione aliquid ad eam pervenisse*. Que de réticences dans cette formule ! C'est là l'opinion d'un petit nombre de jurisconsultes : *quidam existimant*. Non seulement le texte ne fait pas rigoureusement découler de la constitution de dot la conséquence qu'elle comporte suivant la nature que nous lui avons assignée; mais la nature même de cet acte y est présentée comme incertaine : le bénéfice acquis à la femme lui provient *quasi ex donatione*.

Tout porte à croire que Venuleius, à qui est due notre loi 25, § 1, ne partageait pas l'opinion qu'il prête à quelques jurisconsultes. En effet, après avoir parlé, dans le § 1, des conséquences de la fraude d'un beau-père, auteur d'une constitution de dot, il s'occupe, dans le § 2, d'un constituant *extraneus fraudator* : or, après avoir subordonné l'ouverture de l'action paulienne contre le mari à la condition de sa complicité, *si scie-*

rit, il ajoute, en termes impératifs : il en est de même de la femme, *exque mulier*.

Ajoutons que nous ne rencontrons dans la loi romaine aucun texte qui consacre la théorie suivant laquelle la femme n'était jamais soustraite à l'action paulienne; tandis qu'un texte d'Ulpien (loi 14, *in fine*, D. XLII, 8), confirme l'opinion de Venuleius. Prise à la lettre, cette loi aurait une autre portée, reconnue inacceptable : elle signifierait que la femme pourrait être contrainte par l'action paulienne à céder aux créanciers du constituant l'action dotale qui lui appartient contre le mari, quand ce dernier a été complice de la fraude du constituant : *Pro filia sua dotem dedisset scienti fraudari creditores*. Pourquoi cette cession d'action, puisque l'action paulienne est directement donnée contre le mari? Ainsi interprété, le texte n'a pas de sens. A supposer même qu'il puisse être pris à la lettre, et quoiqu'il ne fasse pas dépendre l'efficacité de l'action paulienne contre la femme de sa participation à la fraude du constituant, on ne peut dire qu'il l'en déclare passible dans tous les cas; en effet, il ne prive la femme du bénéfice de l'action dotale qu'à la condition, injustifiable en raison, qu'une fraude soit imputable au mari. Aussi ne fait-on pas difficulté à substituer au datif *scienti*, qui se rapporte au mari, l'ablatif *sciente*, qu'on accorde avec le mot *filia* (*pro filia sciente*). Ainsi corrigé, le texte suppose une femme passible de l'action paulienne, alors que son mari n'y est pas exposé, et il indique par quel procédé les créanciers du *fraudator* obtiendront satisfaction, sans atteindre les droits du mari. Mais alors Ulpien, comme Venuleius, ne donne l'action paulienne aux créanciers que contre une femme de mauvaise foi.

En présence de témoignages si précis, et faute de pou-

voir produire aucun texte en sens contraire, force nous est de reconnaître que la théorie de Venuleius et d'Ulpien devait être consacrée par la pratique. Et cependant, l'opinion contraire, mentionnée seulement dans un texte qui la repousse, était seule conforme aux principes. En effet, on n'aperçoit pas de motif pour lequel la femme serait considérée comme un acquéreur à titre onéreux, et soustraite par sa bonne foi aux conséquences de l'action paulienne; certains interprètes ont nié qu'elle fût donataire du constituant, mais en soutenant qu'elle n'était à aucun titre son ayant-cause, non en prétendant qu'elle eût acquis de lui à titre onéreux. A mon sens, la pratique qui faisait échapper la femme de bonne foi à l'action révocatoire s'expliquait par une idée de faveur et de protection; il n'y avait pas là l'application d'un principe général, une conséquence rigoureusement déduite de la nature du droit de la femme. Nous verrons, en effet, que c'est seulement en présence d'un mari de bonne foi, et dans l'hypothèse spéciale qui nous occupe, que la femme, également de bonne foi, conservait le bénéfice de la constitution de dot.

Dans l'opinion contraire, seule logique et juridique, quand les époux étaient de bonne foi, le mari seul pouvait repousser l'action paulienne. Pour maintenir ses droits, en faisant tomber ceux de la femme, on pouvait employer le procédé indiqué par Ulpien : la cession aux créanciers de l'action dotale. On pouvait aussi recourir à un autre moyen, que Venuleius lui-même nous fait connaître comme étant d'un emploi nécessaire, dans le système contraire au sien : La femme donnait la *cautio se restitutam quod consecuta fuerit*.

Poursuivons l'analyse de notre loi.

c) Le mari a ignoré la fraude, et la femme l'a connue : *tenebitur filia*. Pratiquement, la situation est la même

que si les deux époux ont ignoré la fraude, dans l'opinion qui traite la femme comme une donataire. L'action paulienne compétera contre elle, sans que les droits du mari puissent être atteints.

d) Le mari a connu la fraude et la femme ne l'a pas connue. Dans l'opinion qui considère la femme comme un acquéreur à titre gratuit, cette hypothèse se ramène à celle où les deux époux ont connu la fraude. Dans l'opinion inverse, il faudra sans doute respecter les droits de la femme, en faisant tomber ceux du mari, et l'on ne voit pas comment on y parviendra, au moins pendant la durée du mariage (1). Venuleius, qui devait maintenir les droits de la femme, ne se préoccupe pas directement de cette difficulté, qui ne se pose pas dans notre opinion, mais que la pratique devait rencontrer ; mais il décrit le fonctionnement de l'action paulienne dans notre hypothèse : or, elle aboutissait, de l'aveu de Venuleius lui-même, à la violation des droits de la femme de bonne foi.

Poursuivi par les créanciers du constituant au cours du mariage, le mari leur a restitué la dot ; il cesse ainsi d'avoir une dot, et n'a rien à restituer à la femme à la dissolution du mariage. Malgré sa bonne foi, la femme est frustrée du bénéfice de l'action dotale. Venuleius croit justifier cette décision en observant que l'action paulienne est restitutoire et non pénale persécutoire.

La dot avait déjà été restituée quand le mari est poursuivi par l'action paulienne. Il semblerait de prime abord que la femme est protégée par sa bonne foi, puisque l'action révocatoire ne peut pas être dirigée contre elle ; on va voir que, pratiquement, elle en subit

(1) En droit français, cette difficulté pratique ne peut pas être écartée, car la femme, au point de vue de l'action paulienne, est traitée comme un acquéreur à titre onéreux.

peut-être les conséquences. L'action paulienne réussit, en effet, contre le mari dénant de la dot (1); mais a-t-il un recours contre la femme à qui, en définitive, il a payé l'indû, puisqu'il se trouve après coup n'avoir pas reçu de dot? Il faut distinguer : s'il a payé à la suite d'une sentence du juge statuant sur l'action dotale, il n'a pas de recours : il n'y a pas lieu à répétition de l'indû qui a été payé sur l'ordre du juge. S'il y a eu paiement volontaire, Venuleius se pose la question sans la résoudre. Pothier (2) refuse tout recours au mari, parce qu'il a payé sachant qu'il était exposé à l'action paulienne, parce qu'il a sciemment payé l'indû; mais ce point devait faire doute dans la pratique.

Quelque solution qu'on donne à cette question, nous pouvons constater que la femme de bonne foi était privée de sa dot quand l'action paulienne avait été exercée contre le mari au cours du mariage, avant la restitution de la dot. Dans ce cas, au moins, elle est traitée comme une donataire.

Un jurisconsulte allemand a voulu rencontrer dans

(1) L'admission de l'action paulienne contre le mari n'est-elle pas faite pour nous étonner? Après la restitution de la dot, il semblerait que l'action paulienne ne dût plus être possible que contre la femme. Sans doute l'action paulienne, étant personnelle, compète contre un acquéreur qui a aliéné les biens acquis en fraude (*Competit adversus eos qui res non possident, ut restituant*. Loi 9, *Quæ in fr. cred.*) Mais le mari qui a restitué la dot ne l'a pas aliénée au profit de la femme, puisque celle-ci est l'ayant-cause à titre gratuit du constituant. Or, une personne à qui a été conféré frauduleusement un droit temporaire n'est plus passible de l'action révocatoire quand ce droit a pris fin, sinon peut-être dans la mesure de l'avantage qu'il en a retiré. On nous objectera peut-être que l'acquisition du mari restait perpétuelle, malgré l'admission de l'action dotale. Sans doute, en principe, le mari était propriétaire définitif de la dot, malgré la restitution dont il était éventuellement tenu; mais quand il avait effectivement restitué, on ne pouvait nier que son droit eût été temporaire.

(2) POTHIER, *Pand. Just.*, tit. *Quæ in fraud. cred.*, n° 20, texte et notes.

notre loi 25 §, 1, plus d'obscurités encore qu'elle n'en contient. Il se peut, nous dit Czyhlarz (1), que la femme qu'on hésite à traiter comme une donataire ait ignoré non pas la fraude du constituant, mais le fait même de la constitution de dot : or, on sait qu'en pareil cas la femme n'était pas donataire. Comment est-il possible de lire ainsi la loi 25, § 1 ? La situation de la femme y est constamment rapprochée de celle du mari qui, lui, n'a pu ignorer que la fraude du constituant, puisqu'il a été partie à la constitution de dot. Non seulement Czyhlarz émet une hypothèse sans fondement, mais son assertion est juridiquement fausse. La femme qui ignore la constitution de dot n'est soustraite qu'aux conséquences de son ingratitude vis-à-vis du constituant ; mais le jour où l'action paulienne sera dirigée contre elle, où nécessairement elle connaîtra la constitution de dot, elle ne pourra se retrancher derrière son ignorance. Une fille dotée par un ascendant qui était dans l'obligation de pourvoir à son établissement ne pourra pas davantage prétendre qu'elle n'est pas donataire : la preuve en est dans notre loi 25, § 1, qui raisonne sur l'hypothèse d'une dot constituée par un beau-père en fraude de ses créanciers (2).

Pour en finir avec l'action paulienne, rappelons qu'en droit romain, quand une dot avait été constituée par voie de renonciation à un legs, à une hérédité, dont le mari profitait à défaut de renonçant, l'opération s'analysait comme il suit : le renonçant était censé avoir accepté le legs ou l'hérédité et l'avoir ensuite constitué

(1) *Op. cit.*, § 20.

(2) La femme n'était réellement un acquéreur à titre onéreux que quand la dot avait été fournie par un de ses débiteurs, obligé envers elle à titre onéreux. Encore, dans ce cas, la constitution de dot n'était-elle que l'exécution d'une obligation préexistante, et c'était dans cette obligation que la femme puisait ses droits.

en dot. Ainsi comprise, la constitution de dot pouvait tomber sous le coup de l'action paulienne. On sait, en effet, qu'à Rome, à la différence de ce qui est admis dans notre droit, les simples renonciations ne donnaient pas lieu à l'action paulienne contre celui qui en avait bénéficié; différence peu explicable en raison, car si, en principe, ces renonciations ne portaient pas sur des droits acquis, comme il arrive aujourd'hui, la répudiation du *suus heres*, qui ne pouvait être critiquée par ses créanciers, lui faisait perdre un droit acquis (1).

5° Nous aurons fait connaître toutes les conséquences de la gratuité de constitution de dot vis-à-vis de la femme, quand nous aurons parlé de la *collatio dotis* et de la *querela inofficiosæ dotis*.

Quand un *de cujus* a fait, de son vivant, une libéralité à l'un de ses héritiers qui sont d'un degré assez proche pour qu'on doive supposer chez le disposant l'intention de leur faire une situation égale, l'héritier gratifié rapporte le montant de la libéralité. Telle est, un peu élargie, l'idée qu'il faut se faire de la *collatio dotis*.

A raison de l'incapacité des personnes en puissance à avoir des biens en propre, l'obligation de *conferre* ne fut pas à Rome une obligation primitive. Les héritiers, ou plutôt les descendants d'une personne, ne pouvaient recevoir d'elle une libéralité. On aurait compris que la dot fût l'occasion de la plus ancienne application de la *collatio*: seule de tous les enfants demeurés en puissance, la fille dotée pouvait à la fois être héritière de son *pater* et avoir reçu de lui une libéralité, cela à cause de l'appropriation de la dot par le mari tant que durait le mariage, et des règles spéciales de l'action *rei uxoriæ adjecta filiiæ personæ*, après sa dissolution. En fait,

(1) ACCARIAS, *Précis de dr. romain*, II, n° 850.

c'est la vocation des enfants émancipés à la *bonorum possessio* qui fournit la première application de la *collatio*. Il ne s'agissait donc pas d'héritiers qui, demeurés en puissance, avaient pu cependant acquérir des biens en propre, mais de personnes qui, sorties de la puissance paternelle et capables, comme telles, d'avoir des biens, obtenaient un droit successoral. Le préteur, admettant les enfants à la succession paternelle, leur imposait le rapport des biens qu'ils avaient acquis pour leur propre compte, tandis que leurs frères et sœurs acquéraient pour le *pater* dont ils avaient grossi l'hérédité. Une fille émancipée était traitée comme un fils ; mariée ou non, elle était astreinte à la *collatio* de tous ses biens, y compris sa dot, qu'elle fût profectice ou adventice. C'était là une conséquence de la *collatio bonorum*, non une application de la *collatio dotis*. Cette obligation de la fille émancipée (ou donnée en adoption) est indiquée par la loi 2 D. (xxxvii, 7), mal placée au titre de *Collatione dotis*, puisqu'elle prévoit une simple hypothèse de *collatio bonorum*. La fille rapportait la dot même quand le mariage durait encore, et qu'elle n'avait qu'une chance très incertaine de la recouvrer par l'action dotale. Il est probable que la femme, qui ne pouvait exiger la restitution anticipée de la dot dans le but de la rapporter, était réduite au rapport en moins prenant, et, parfois, contrainte de renoncer à sa vocation héréditaire (1).

(1) De la fille émancipée, on rapproche parfois la fille mariée avec *manus*. Mais la *manus* était-elle encore bien usitée quand les enfants émancipés furent admis à la *bonorum possessio* ? Pour refuser la *bonorum possessio* à la fille sortie de la famille par suite de la *manus*, on observe parfois qu'à la différence de la fille émancipée, elle avait retrouvé dans la famille de son mari les droits qu'elle avait perdus dans sa famille d'origine. Argument peu concluant, puisque la fille donnée en adoption était appelée à la *bonorum possessio* et soumise à la *collatio*. (Loi 2, D. xxxvii, 7.)

La *collatio dotis* n'apparaît réellement qu'à l'époque où la dot fut l'objet d'une obligation spéciale de *conferre*, quand la fille demeurée en puissance fut astreinte à la *collatio*. Cette innovation est-elle due au préteur ? Est-elle l'œuvre d'Antonin le Pieux, comme semble l'attester la loi 1 pr. (xxxvii, 7) ? On concilie d'ordinaire ces deux opinions, en déclarant que le préteur imposait la *collatio dotis* à la fille en puissance, quand elle recourait à la *bonorum possessio*, ce qui était bien peu pratique, puisqu'elle était *sua heres*; et qu'Antonin le Pieux l'astreignit dans tous les cas à la *collatio*, qu'elle demandât ou non la *bonorum possessio*.

Tout d'abord, la *collatio dotis* fut exactement copiée sur la *collatio bonorum* ; elle était due de la dot adventice comme de la dot profectice. Appliquée à la dot adventice, elle se justifiait par ce motif que la fille avait réalisé une acquisition dont le patrimoine du *pater* ne s'était pas accrue : c'était l'idée ancienne. Appliquée à la dot profectice, elle avait un autre but : elle assurait aux frères et sœurs une part égale dans la succession du *pater*. Cette idée ne fut pas tout d'abord aperçue dans l'institution nouvelle.

L'idée qui était contenue en germe dans la *collatio dotis* devait se dégager, se développer, quand le motif qui expliquait la *collatio bonorum*, et sur lequel on avait cru pouvoir asseoir la *collatio dotis*, vint à faire défaut. La *collatio bonorum* dérivait de cette idée que certains successibles avaient grossi l'hérédité du *de cuius*, tandis que les autres avaient acquis pour leur propre compte. Quand les enfants en puissance purent avoir des biens en propre, son champ d'application diminua ; à mesure que le père de famille cessait d'acquérir certains biens du chef de ses enfants en puissance, les enfants émancipés cessaient de *conferre* les

biens correspondants. Après l'admission des *bona adventitia*, les enfants en puissance eurent en propre toutes espèces de biens, sauf ceux qui leur provenaient de leur *pater* ; toutefois, le *pater* avait la jouissance de tous leurs biens adventices. La *collatio bonorum* ne pouvait donc plus s'appliquer qu'aux biens que les enfants émancipés avaient reçus de leur père et aux revenus du reste de leur fortune, ou du moins à leurs économies. Mais il est presque certain qu'ils ne devaient pas la *collatio* de leurs revenus. Au contraire, ils rapportaient ce qu'ils avaient reçu de leur père, et en cela ils étaient moins bien traités que les enfants en puissance, qui gardaient leur pécule. C'est que ce pécule n'était acquis au fils en puissance qu'à la mort du *pater*, tandis que c'était du vivant de leur père que les enfants émancipés acquéraient les biens qu'ils recevaient de lui. Enfin, la nouvelle 118, qui fonda les vocations successorales sur le lien du sang, fit disparaître la *bonorum possessio* et ne laissa plus place à la *collatio bonorum*. La *collatio dotis adventitiæ* avait suivi le sort de la *collatio bonorum*.

La *collatio dotis profectitiæ* subsista, au contraire. L'idée qui lui servait de base, le désir d'établir l'égalité entre les héritiers d'une même personne, reçut même plusieurs extensions.

La *collatio* fut appliquée non seulement à la dot, mais à la *donatio propter nuptias*, et, en général, aux libéralités imputables sur la légitime. Elle fut due non seulement à la succession du *paterfamilias*, mais aussi à celle des ascendants paternels et maternels. (Loi 20, loi 17, C., *de Coll.*)

Enfin elle fut due non seulement quand l'enfant qui avait été gratifié, venait en vertu d'une vocation *ab*

intestat, mais aussi quand il venait en vertu d'une succession testamentaire (1). (Nov. 18, C. 6. Cf. L. un., § 12, C., v, 13.)

Mais jamais le droit romain ne connut notre rapport moderne, dû par tous les héritiers à un degré quelconque, à l'occasion de toutes les libéralités.

Etudiant les effets de la constitution de dot vis-à-vis du mari, nous n'avons pas dit que la *collatio* ne s'appliquait pas à lui, à raison du bénéfice que lui procurait la dot. C'est évident, vu sa qualité d'acquéreur à titre gratuit. Cette remarque n'a d'ailleurs de portée que dans l'hypothèse bien peu pratique où le mari est le descendant et, partant, l'héritier du constituant de la dot de la femme.

Il y a lieu, toutefois, à propos du mari, de faire deux observations relatives à la *collatio* appliquée à la dot. C'est d'abord que le mari, quand il était admis à la *bonorum possessio* en qualité de fils émancipé, ne comprenait pas la dot de sa femme dans la *collatio bonorum*, même quand le mariage avait pris fin. En effet, le fils demeuré en puissance prélevait dans la succession paternelle la dot de la femme. (L. 1, § 20; l. 3, § 4 D., de *Coll.*, xxxvii, 6.)

En outre, le mari ne subissait jamais aucun préjudice

(1) Ajoutons que la *collatio dotis* était due à tout cohéritier. Cette observation est sans portée à partir de l'époque où la vocation de tous les successibles reposa sur le lien du sang. Mais avant cette réforme, tandis que la *collatio bonorum* et la *collatio dotis adventitiæ* n'étaient dus qu'aux *sui*, une constitution de l'empereur Gordien (loi 4, C. vi, 20), déclara que le rapport de la dot profectice était dû par la fille en puissance, aux émancipés comme aux *sui*; plus tard, une constitution de l'empereur Léon (loi 17, de *Collat.*, vi, 20), décida que le rapport de la dot profectice serait dû par la fille émancipée suivant les règles de la *collatio dotis*, c'est-à-dire tant aux émancipés qu'aux *sui*. Ces réformes prouvent qu'avant même la disparition de la *collatio bonorum*, on avait compris que la *collatio dotis* s'inspirait d'une idée d'égalité entre les héritiers.

de la *collatio dotis* que sa femme était tenue d'effectuer. Les droits qu'il avait sur les biens dotaux pendant le mariage et ceux qu'il conservait après le mariage dissous étaient toujours respectés.

La *collatio* n'était pas pour la femme un motif suffisant d'exiger la restitution de la dot au cours du mariage; elle ne pouvait rapporter qu'en moins prenant ⁽¹⁾. Si la succession était insuffisante et si la part que pouvait abandonner la femme était moindre que la dot qu'elle avait reçue, elle avait la ressource de s'exonérer de la collation par une répudiation. (L. 9 D., xxxvii, 7.)

Si la succession qui donnait lieu à la *collatio* s'ouvrait après le mariage dissous, la femme en était tenue et devait l'effectuer, alors même qu'elle n'eût pas recouvré la dot. Ainsi en était-il quand la femme n'avait recouvré la dot que partiellement parce que le mari avait exercé une *retentio*, ou même quand la dot avait été totalement perdue pour elle, parce qu'elle avait provoqué le divorce.

(1) Loi 5, Code vi, 20. — Le procédé de rapport en moins prenant est formellement indiqué dans une espèce voisine : une femme a constitué en dot un bien qu'elle a recueilli dans un partage fait sous forme de transaction, puis elle s'est fait restituer contre ce partage. Le bien qu'elle obtiendra par suite du nouveau partage sera-t-il dotal et remplacera-t-il le bien constitué en dot qui a été remis à la masse partageable? Le texte écarte cette difficulté en déclarant que le mari gardera le bien attribué primitivement à la femme, mais que celle-ci effectuera un véritable rapport en moins prenant.

Le rapport en moins prenant pouvait être évité quand la femme donnait caution à ses héritiers de partager la dot avec eux quand elle en obtiendrait la restitution. Mais il fallait qu'ils se contentassent de cette caution. Outre qu'ils n'obtenaient ainsi qu'une satisfaction tardive, on sait que c'était la dot elle-même, et non pas ce qu'elle obtenait en exerçant l'action dotal, que la femme devait rapporter. Ce procédé n'était pratique que quand la dot, *sub conditione promissa*, n'était pas encore payée à la dissolution du mariage. (Loi 1, § 7 D., xxxvii, 7.)

Le rapport pouvait être évité quand, une dot ayant été promise par un père qui ne l'avait pas payée, la femme était créancière de la dot vis-à-vis de ses frères et sœurs, auxquels elle devait la *collatio*. (Loi 1, § 8, D., xxxvii, 7; loi 2, C. vi, 2.)

Mais quand l'action *rei uxoriæ* ne s'était pas ouverte parce que la femme était prédécédée, il est clair qu'il n'y avait pas lieu à *collatio*, la femme ne pouvant venir à une succession ouverte après la dissolution du mariage.

Mais si la femme, qui avait droit à la restitution de la dot, n'a pu l'obtenir par suite de l'insolvabilité du mari, doit-elle la *collatio* en pareil cas? Il faut distinguer : si elle était dans la puissance de son *pater*, qui lui avait constitué une dot de valeur moyenne, si bien qu'en présence des mauvaises affaires du mari, elle ne pouvait obtenir la restitution anticipée de la dot, une sorte de séparation de biens, qu'avec l'intervention de son *pater*, elle ne rapportait que son action en restitution. Si elle était *sui juris*, ou si, étant *alieni juris*, elle avait été dotée par un ascendant autre que son *pater*; si enfin elle avait été dotée par son *pater*, mais d'une dot considérable, elle était en faute de ne s'être pas mise à l'abri des conséquences de la ruine de son mari et était astreinte à la *collatio* d'une valeur égale à la dot (1).

Observons, en terminant, que si la *collatio* était une conséquence de la gratuité de l'acquisition réalisée par la femme, il ne faudrait pas dire que la dot était rapportable parce qu'elle était une donation : car la *collatio* ne s'appliqua jamais à toutes les donations (2) et trouva dans la constitution de dot son application première.

L'admission de la *querela* contre une constitution de dot inofficiuse est une nouvelle preuve de la gratuité

(1) Nouvelle 97, ch. 6. Cf. un texte d'Ulpien, loi 1, § 6, D. x, 2; en sens contraire : PAPINIEN, loi 20 pr., h. tit.

(2) Toutefois, par exception, une donation ordinaire était rapportée quand l'héritier, qui l'avait reçue, concourait avec un autre héritier, bénéficiaire d'une libéralité sujette à *collatio*. (Loi 20, § 1, C. vi, 20.)

de l'acquisition de la femme : sur ce point, il y a similitude entre la dot et une donation. L'empereur Constance déclare que les enfants dont la mère a dissipé sa fortune en constitutions de dot ont droit à la *querela*, comme s'ils étaient frustrés par un testament inofficieux (1). La *querela inofficiosi testamenti* était toujours le type auquel on rapportait ces sortes de recours, mais c'étaient les règles de la *querela inofficiosæ donationis* qui devaient s'appliquer ici.

M. Czyhlarz admet que le mari subissait les conséquences de la *querela* dirigée contre la femme. C'est de sa part une pure affirmation : rien ne démontre que le mari voyait ses droits atteints par la *querela*, alors que la *collatio* les laissait subsister. Il faut reconnaître que les éléments d'une solution nous font totalement défaut (2).

Nous rencontrons une dernière conséquence du caractère gratuit de l'acquisition de la femme dans une matière voisine de la *querela* : la dot était imputable sur la légitime de la femme. Du jour où la *querela* s'appliqua aux donations, il eût été équitable d'imputer sur la légitime celles qui avaient été faites aux légitimaires. En effet, après l'admission de la *querela inofficiosæ donationis*, la légitime ne se calcula plus comme la quarte Falcidie ; elle se calcula sur l'actif net de la succession, en y ajoutant les biens donnés entre vifs. N'eût-il pas été juste qu'un légitimaire, à qui avait été adressée une donation égale au chiffre de sa légitime, n'eût pas le

(1) Loi unique, C., *de Inof. dot.*, III, 30.

(2) A défaut de texte précis sur la question, et faute que les interprètes modernes du droit romain la tranchent à l'aide d'arguments probants, nous pouvons signaler que, dans notre ancien droit, qui prétendait en cela suivre le droit romain, l'action en réduction dirigée contre une constitution de dot ne pouvait faire préjudice au mari. (V. CHOPPIN, *de Mor. Paris.*, l. II, t. 1^{er}, n° 34.)

droit d'intenter la *querela*? L'équité ne reçut jamais, sur ce point, une entière satisfaction; mais les donations les plus usuelles et les plus importantes : dot, donation *propter nuptias* et donation *ad emendam militiam*, furent déclarées imputables sur la légitime (1). Ce sont les mêmes libéralités qui furent soumises à la *collatio*. C'est ici l'occasion de répéter ce que nous disions à propos de la *collatio*. La dot ne pouvait être imputée sur la légitime qu'à raison de l'acquisition purement gratuite procurée à la femme; mais, en cela, elle n'était pas traitée comme une donation ordinaire, puisque jamais les donations ordinaires ne furent imputables sur la légitime (2)

(1) Lois 29 et 30, C., de *Inoff. test.*; *Inst. Just.*, II, 17, § 6.

(2) Ulpien admettait seulement la validité de la clause suivant laquelle une donation entre vifs était imputée sur la quarte légitime. (Loi 25 pr., D., de *Inoff. test.*, V, 2.)

APPENDICE

LA DONATION « PROPTER NUPTIAS »

A Rome, la constitution de dot, en tant qu'acte distinct et original, consistait uniquement dans l'apport de certains biens au mari par la femme ou un tiers en son nom ; ce qui donnait à l'opération sa physionomie particulière, c'est que les charges du mariage, imposées au mari, imprimaient un caractère onéreux à son acquisition, qui sans cela eût été gratuite. Outre qu'elle procurait des droits au mari, la constitution de dot, quand il y était procédé par un tiers, était, pour la femme, l'occasion d'une acquisition : mais il n'y avait là qu'une libéralité ordinaire, une simple donation, et si la constitution de dot n'avait produit que cet effet, elle n'eût pas mérité d'être rangée dans une classe à part. Quoique le bénéfice réalisé par la femme puisse être employé par elle à l'acquittement des charges du mariage qui la grèvent, nous sommes en présence d'une acquisition purement gratuite. Les charges du mariage sont sans influence sur la nature des droits de la femme ; l'avantage qu'elle recueille dans la constitution de dot est identique à celui qui résulte pour elle d'une donation qui lui a été faite, lors de son mariage, de biens destinés à demeurer paraphernaux. C'est uniquement l'acquisition réalisée par le mari du chef de la femme ou d'un tiers en son nom, qui peut emprunter aux charges du

mariage le caractère onéreux. La femme peut bien être dotée, une dot ayant été constituée au mari en son nom; mais une dot ne peut lui être constituée.

Quant au mari, c'est à lui que la dot est constituée; il reçoit la dot de la femme, et cette acquisition, d'une nature toute spéciale, ne peut lui parvenir que de la femme. Si un tiers, sans constituer une dot au nom de la femme, donnait certains biens à un mari pour l'aider à supporter les charges du mariage, il lui ferait une libéralité proprement dite, une donation ordinaire.

Donc la dot est uniquement l'apport de la femme au mari; la constitution de dot est uniquement le procédé par lequel cet apport est effectué. La donation au profit de la femme, qu'elle contenait à partir d'une certaine époque, n'en fut jamais, malgré son importance, qu'une conséquence accessoire.

Comment donc certains interprètes, parlant de la donation *propter nuptias*, peuvent-ils y voir la dot du mari? En quel sens faut-il prendre cette expression? Comme nous l'allons voir, c'est en un sens très différent qu'on a dit de la donation *propter nuptias* qu'elle était la contre-partie de la dot de la femme.

Pour considérer la donation *propter nuptias* comme une contre-dot, il faut envisager la dot en fait plutôt qu'en droit; il faut y voir non pas une acquisition faite par le mari, dont les charges du mariage seraient l'exacte compensation, ce qui est le point de vue purement juridique, mais plutôt un bénéfice excessif, injustifiable, quand le mari gardait la dot à la dissolution du mariage. La donation *propter nuptias*, née des *sponsalitia munera*, c'est-à-dire des présents que les futurs époux se faisaient l'un à l'autre, et spécialement qu'un futur mari faisait à sa fiancée, eut pour but essentiel, quand elle devint une institution originale, de procurer

à la femme une compensation du sacrifice qu'elle s'imposait par la constitution de dot. Elle était adressée à la femme par le mari ou un tiers en son nom, comme la dot provenait au mari de la femme ou d'un tiers en son nom.

L'inconvénient principal des *sponsalitia munera*, qui n'étaient que des donations ordinaires antérieures au mariage, était de priver le mari, quand ils émanaient de lui, de valeurs qu'il aurait pu affecter aux charges du mariage, s'il ne les eût données à la femme. Pour parer à cet inconvénient, la pratique imagina le procédé suivant : la femme constituait en dot à son mari les biens qu'elle venait de recevoir de lui à titre de donation. Cette pratique promptement généralisée devint une règle de droit (1). Aussi la donation anténuptiale produisait un effet très particulier : c'était pour le mari un moyen de grossir, d'augmenter la dot que lui apportait sa femme.

Faisant partie intégrante de la dot, la donation anténuptiale était restituée à la femme ou gardée par le mari suivant les règles ordinaires de l'action *rei uxoriæ* (2). Comment pouvait-on dire alors qu'elle fût

(1) On dit parfois que c'est seulement en 449 que la donation anténuptiale reçut des règles spéciales, apparut avec une physionomie à part. Sans doute, c'est dans une constitution de cette année (loi 8, 4, C., *de Repud.*, v, 17) qu'elle est nommée pour la première fois. Mais à supposer même qu'avant cette époque cette donation ne s'ajoutât pas de plein droit à la dot la femme, la convention lui assignait souvent cette destination. Nous en avons la preuve dans deux constitutions des empereurs Septime Sévère et Antonin Caracalla, et des empereurs Dioclétien et Maximien. (Lois 1 et 14, C. v, 3.)

(2) La donation anténuptiale appartenant à la femme survivante et à la femme divorcée, on s'est parfois refusé à y voir l'origine de l'augment de dot de nos pays de droit écrit, qui était un simple gain de survie. Mais la suppression seule du divorce ne donnait-elle pas ce caractère à la donation anténuptiale, ne la réduisait-elle pas à un gain de survie?

La constitution de 449 précitée avait pour objet de modifier les règles de la restitution de la dot en cas de divorce, telles qu'elles résultaient de l'action *rei uxoriæ*.

une contre-dot, qu'elle fût pour la femme la compensation de sa dot, puisqu'elle était perdue pour elle dans les mêmes hypothèses où la dot n'était pas restituée ? Autrefois, la femme qui avait apporté la dot risquait de la perdre ; le mari, qui n'avait rien apporté, n'avait que des chances de gain. Désormais, les deux époux courent les mêmes chances : la femme est exposée à perdre la dot ; mais si elle la gagne, elle obtiendra aussi la donation. Le mari a chance de gagner la dot ; mais s'il ne la conserve pas, il perdra en outre la donation anténuptiale.

Aussi, quand la femme avait, dans tous les cas, droit à la restitution de sa dot, la donation anténuptiale n'en suivait pas le sort. Cette solidarité créée au profit de la femme eût, en pareil cas, injustement tourné contre le mari. Quand donc la femme s'assurait le bénéfice de l'action *ex stipulatu*, la donation restait dans tous les cas au mari. Après l'organisation par Justinien de la nouvelle action dotale, la femme ne pouvait jamais exiger, avec la dot, la donation anténuptiale. (Nouvelle 22, chap. 20, § 1).

A quoi donc servait cette donation dont la femme ne bénéficiait jamais ? Son utilité se transforma. Il était parfois bien dur de priver le mari, à la dissolution du mariage, de tous droits sur les biens dotaux : aussi une convention très usitée déterminait la portion de la dot que le mari survivant pourrait conserver ; par une juste réciprocité, les époux fixaient la portion des biens du mari qui serait attribuée à la femme survivante. La donation anténuptiale consistait dans la désignation de certains biens, la détermination de certaines valeurs dont la femme survivante recueillerait une quote-part. Ainsi, la donation anténuptiale, transformée, demeurait la contre-partie de la dot, mais dans un sens tout nou-

veau, « en ne considérant la dot qu'au point de vue du droit de survie qu'elle pouvait constituer pour le mari. » — « La quote-part de la donation anténuptiale qui était assurée à la femme survivante constitua seule pour elle une libéralité. La somme totale de la donation *ante nuptias* ne fut plus qu'une valeur fictive, qui servait à calculer la donation dont réellement bénéficierait la femme, le cas échéant (1). »

La convention s'exerça d'abord librement; en 468, une constitution des empereurs Léon et Anthémios (loi 9, C. v, 14) décida que les gains de survie que les époux s'attribuaient devaient être proportionnels. Si la femme assurait au mari un quart de la dot, elle avait droit à un quart de la donation. La proportionnalité exclut le plus souvent l'égalité, loin d'y conduire; Justinien en vint à prescrire l'égalité des avantages réciproques. Il atteignit ce but par une voie détournée, en prescrivant que la dot et la donation fussent égales (2).

La donation anténuptiale était donc nécessaire quand les époux voulaient se faire des libéralités réciproques. Aussi la loi les facilita et les encouragea singulièrement.

Pendant longtemps, cette donation n'avait été possible qu'avant le mariage contracté : Justin permit de l'augmenter (loi 19, C. v, 3.) et Justinien de la faire pendant le mariage. Elle reçut alors le nom de *donatio propter nuptias*. (Loi 20, C. v, 3; Inst. Just., § 3, xxi, 7.)

Les mêmes personnes qui étaient tenues de doter leurs filles furent mises dans l'obligation de faire au

(1) ESMEIN, *Le Testament du mari et la donation « propter nuptias. »*

(2) Nouvelle 97, ch. 1^{er}. Justinien avait précédemment décidé que quand les avantages stipulés seraient inégaux, le plus fort serait ramené au chiffre du plus faible. (Loi 10, C. v, 14.)

nom de leurs fils des donations *propter nuptias* (1).

Enfin Justinien (Nov. 119, ch. 1^{er}) dispensa ces donations de l'insinuation. Constantin avait déjà permis de procéder, pendant le mariage, aux formalités de l'insinuation; il en avait même dispensé la donation anténuptiale faite à une femme mineure de vingt-cinq ans.

A tous ces points de vue, la donation *propter nuptias* était assimilée à la dot, ou plutôt soumise aux mêmes règles. Ajoutons qu'elle était, comme la dot, sujette à *collatio* (2) et imputable sur la légitime (3).

Il y a plus; il ne suffisait pas qu'une donation eût été faite, il fallait que la conservation des biens qu'elle comprenait fût assurée; on employa les mêmes procédés qui garantissaient à la femme la reprise de sa dot. A cet égard, toutefois, il n'y eut jamais identité entre la dot et la donation. Sans parler de l'hypothèque légale dont la femme pouvait se prévaloir pour obtenir la délivrance de l'avantage auquel elle avait droit, et qui, à la différence de l'hypothèque qui lui assurait la reprise de sa dot, ne fut jamais privilégiée, les immeubles compris dans la donation étaient inaliénables, mais d'une inaliénabilité moins absolue que celle des immeubles dotaux. Ils pouvaient être aliénés quand la femme y avait consenti par deux fois, à deux années d'intervalle, pourvu qu'elle trouvât dans les autres biens du mari une garantie suffisante de ses droits. (Nov. 61.)

Toutes ces règles exceptionnelles qui facilitaient les donations *propter nuptias*, et assuraient la conservation

(1) Loi 28, C. 1, 4; loi 25, C. v, 4. Fournie par un ascendant paternel du mari, la *donatio propter nuptias* lui faisait retour en cas de mort de ce dernier, comme le *pater* recouvrait la dot qu'il avait constituée au nom de sa fille. (Loi 2, C. vi, 40.)

(2) Const. de Léon, de 467. (Loi 17, C. iv, 20.)

(3) Const. de Zénon, de 481. (Loi 29, C. iii, 28.)

des biens qu'elles comprenaient, leur permettaient de répondre à leur but, rendaient possibles les avantages faits par le mari à la femme. La dot, dont la destination principale était de procurer au mari, pendant le mariage, les ressources nécessaires, formait en même temps un ensemble de biens sur lesquels les droits du mari survivant s'exerçaient naturellement. En face de la dot, il fallait constituer une masse de biens, sur lesquels s'asseoiraient les droits de la femme ; mais c'était là le but unique, exclusif, et non pas subsidiaire, de la donation *propter nuptias*.

Si, en droit, cette donation n'avait pas d'autre utilité, en fait elle présentait un autre avantage. Les ascendants du mari étaient forcés de faire une donation *propter nuptias* ; le mari lui-même était contraint de faire dans son patrimoine une masse à part de certains biens, pour une valeur égale à la dot de la femme ; et ces biens, ainsi donnés par des tiers, ou distingués par le mari du reste de sa fortune, étaient frappés d'inaliénabilité. Pendant toute la durée du mariage, ils restaient nécessairement affectés aux charges dont il était la source. Comme on l'a très bien dit, « la loi avait solidarisé la dot et la donation *propter nuptias* comme deux apports, l'un de la femme, l'autre du mari, en une sorte de dation en mariage (1). » Nous ne contestons pas ce résultat ; mais s'il pouvait être directement visé par les parties, il n'était pas voulu par la loi.

Comment peut-on prétendre que la donation *propter nuptias*, sous sa dernière forme, était la dot du mari ; qu'elle lui était fournie par des tiers pour l'aider à supporter les charges du mariage ; qu'elle était de sa part, quand il la constituait lui-même, la détermination de

(1) SIREY, 1887, I, 97, note de M. Labbé.

certaines valeurs qu'il affectait plus spécialement aux charges du mariage dont il était tenu sur toute sa fortune (4)? Parlera-t-on de l'inaliénabilité qui frappait les immeubles compris dans la donation? C'est là mal comprendre l'inaliénabilité dotale telle qu'elle existait en droit romain. C'était une garantie assurée à la femme et non à la famille; elle ne tendait pas à la conservation de certains biens, afin que leurs revenus pussent fournir des ressources à la famille. Cette idée est toute moderne; il semble qu'on l'ait imaginée pour justifier l'inaliénabilité, que l'intérêt de la femme ne suffit plus guère à expliquer, puisque les périls que court sa dot sous le régime dotal, sont à peu près les mêmes que ceux auxquels elle est exposée sous nos autres régimes. A Rome, l'inaliénabilité avait uniquement pour but d'assurer à la femme la reprise de sa dot; elle avait donc uniquement pour but de lui garantir la conservation des biens du mari, sur lesquels elle avait un droit éventuel de survie. A cet égard, il apparaît donc bien que la donation *propter nuptias*, bien qu'elle produisit des effets au cours du mariage, avait été faite uniquement en vue de sa dissolution.

On refuse d'admettre que cette donation eût uniquement pour but de servir d'assiette au droit éventuel de la femme. On prétend qu'il aurait suffi que le mari reçût ou rendit indisponible dans sa fortune, des valeurs égales à la quote-part de la dot qu'il devait garder en cas de survie. Sans doute, le procédé qui fut adopté pour garantir le droit de la femme dépassait ce qui était nécessaire; il n'aurait pas été inventé de toutes pièces. Mais on utilisa une institution existante qui s'était trou-

(4) GODET, *La Donation « propter nuptias »*, p. 53 et suiv. (Thèse de doct., Paris, 1867.)

vée perdre sa destination première, quand la dot fut dans tous les cas restituable à la femme. La transition fut très bien ménagée. Quand la femme stipulait la restitution de sa dot, elle perdait toute chance d'obtenir la donation ; celle-ci, cependant, dont l'utilité demeurait entière quand une stipulation de restitution n'était pas intervenue, fut encore employée en présence de telles stipulations, pour servir d'assiette à un droit de survie au profit de la femme, comme la dot était l'objet d'un semblable droit au profit du mari. Que si la convention n'attribuait aucun avantage à la femme, il est bien probable qu'alors la donation n'avait pas lieu, puisqu'elle n'avait pas sa raison d'être : on sait qu'à l'origine, la réciprocité de ces avantages n'était pas obligatoire. Il faut reconnaître, toutefois, qu'à Justinien semble exiger dans tous les cas qu'il soit fait une donation égale à la dot, même quand les époux ne se seraient assuré aucun avantage réciproque ; mais on peut en conclure seulement que ces avantages étaient d'une pratique constante.

Mais, pratiquement, voici surtout ce que nous entendons dire en affirmant que la donation *propter nuptias*, qu'on peut exactement qualifier de contre-dot, n'était pas la dot du mari : c'est que, en admettant même qu'il en résultât une affectation de certains biens aux charges du mariage, la considération de ces charges ne donnait à aucun degré le caractère onéreux à l'acquisition des époux. Quant à la femme, c'est indéniable, le droit conditionnel qui lui appartenait sur les biens compris dans la donation lui était acquis à titre purement gratuit ; aussi, si l'on peut remarquer très justement qu'en droit romain, la femme avait sur les biens du mari des droits correspondant à ceux dont le mari était investi sur les biens de la femme, il faut reconnaître qu'à certains

égards, et spécialement au point de vue de l'action paulienne, leur situation était différente. La donation *propter nuptias* ayant été fournie par un insolvable^o au nom d'un mari de mauvaise foi, la bonne foi de la femme qui a des droits sur les biens donnés est impuissante à écarter l'action paulienne, puisqu'elle est acquéreur à titre gratuit.

C'est également à titre gratuit que le mari acquiert des droits sur les biens compris dans la donation *propter nuptias* fournie par un tiers : ce tiers lui a uniquement donné des biens, pour qu'il fût à même de procurer à la femme un avantage analogue à celui qu'il a reçu d'elle. On peut dire en pareil cas que le mari est doté en ce sens que, sur ses biens, sont venus s'asseoir, au profit de la femme, certains droits correspondant à ceux qu'il acquiert lui-même sur la dot de celle-ci (1). Mais on ne peut dire qu'il est doté, en ce sens que certains biens lui sont procurés par un tiers en vue des charges du mariage (2). Nous sommes donc bien loin de la dot du mari, telle que le droit français la comprend.

(1) Encore les droits acquis à la femme n'équivalent-ils pas aux droits conférés au mari sur la dot pendant le mariage, mais à ceux-là seulement qu'il conservera après le mariage dissous.

(2) Encore moins faudrait-il dire que le mari qui fournit de ses propres biens la donation *propter nuptias* fait un acte analogue à celui de la femme qui se dote de *suo*.



ANCIEN DROIT

La constitution de dot nous est apparue, à l'origine du droit romain, comme l'attribution au mari, par la femme ou par un tiers en son nom, de certains biens destinés à l'acquittement des charges du mariage.

La dot ne pouvait provenir que de la femme; elle ne pouvait l'adresser qu'au mari. D'après la terminologie romaine, la personne dotée n'était pas celle à qui la dot était constituée : c'était au mari que la dot était constituée, et l'on disait de la femme qu'elle était dotée, par cela seul que sa fortune personnelle ou la générosité d'un tiers lui avaient permis d'apporter une dot au mari.

Les droits du mari sur les biens dotaux furent d'abord exclusifs et définitifs ; plus tard, la femme fut appelée, à la dissolution du mariage, à recueillir la dot qu'elle avait fournie ou qu'un tiers avait constituée en son nom. Le mari, propriétaire de la dot, en était en même temps débiteur ; peut-être même Justinien le réduisit-il à la simple jouissance des biens dotaux, pour en reconnaître la propriété à la femme. Aussi, quand la dot provenait d'un tiers, être dotée, pour la femme, n'était plus seulement avoir apporté des biens au mari; c'était aussi avoir reçu une libéralité du constituant de la dot. Cette

donation du constituant à la femme, qui n'avait pas sa place dans la législation primitive, prit de jour en jour plus d'importance, et devint sinon le but principal, du moins le résultat le plus apparent de la constitution de dot.

Que fallait-il pour que la dot ainsi transformée devînt ce qu'elle est dans notre droit, une donation faite à un futur époux à l'occasion de son mariage ? Bien peu de chose, semble-t-il. A raison des charges du mariage dont elle était la compensation, l'acquisition réalisée par le mari empruntait quelques-uns des effets des actes à titre onéreux : or la dot, dans le dernier état du droit romain, s'adresse principalement à la femme ; et comme des réformes successives l'ont mise à même de supporter les charges du mariage, rien, en apparence, n'empêche de dire : l'acquisition de la femme, correspondant aux charges du mariage, participera des effets d'une acquisition à titre onéreux. Par contre, la donation faite au mari, à l'occasion de son mariage, par un tiers qui n'entendait pas constituer une dot au nom de la femme, cette donation, jusque-là traitée comme une libéralité ordinaire, empruntera quelques effets des actes à titre onéreux. Nous serions ainsi en présence de la constitution de dot du droit français.

Pourquoi ce résultat n'a-t-il jamais été atteint en droit romain ? Pourquoi l'acquisition de la femme a-t-elle toujours été purement gratuite, et pourquoi nous sommes-nous refusé à voir dans la donation *propter nuptias* la dot du mari ? C'est que, si la libéralité faite par le constituant à la femme devint l'effet le plus apparent de la constitution de dot, jamais l'effet qui, à l'origine, y était exclusivement visé, ne fut complètement effacé. La constitution de dot émanant d'un tiers demeura toujours, de son essence, l'acte par lequel ce tiers, au nom

de la femme, conférait certains droits au mari : droits bien secondaires, qui pâlisseraient singulièrement à côté de la propriété acquise à la femme, si toutefois le mari fut jamais réduit à une simple jouissance; tel était cependant le but principal de la constitution de dot. Le tiers constituant se proposait de conférer au mari les mêmes droits que la femme lui transférerait sur ses biens personnels; pour le mari, la constitution de dot émanant d'un tiers et la constitution de dot émanant de la femme étaient identiques : c'était le même acte.

Pour que la constitution de dot, quand un tiers y procédait, cessât d'être l'apport de la femme au mari, il fallait que la libéralité faite par ce tiers à la femme et l'attribution de certains droits au mari fussent le résultat de deux actes distincts.

Ainsi en est-il en droit moderne. Le tiers qui dote la femme, ne traite qu'avec elle. Mais la femme, par une opération distincte de la précédente, confère au mari certains droits sur l'ensemble de la fortune, y compris les biens dont un tiers vient de lui faire donation.

L'acte par lequel s'effectue l'apport de la femme au mari aurait pu être seul considéré comme original et d'une nature à part; la libéralité faite par un tiers à la femme, en vue qu'elle se dotât, n'eût été qu'une donation ordinaire. Il n'en fut pas ainsi. On a attaché à la donation faite à la femme les effets d'un acte à titre onéreux, qu'entraînait à Rome la constitution de dot, en tant qu'elle s'adressait au mari. N'était-il pas naturel de reconnaître, dans la même mesure, les effets d'un acte à titre onéreux à la donation faite au mari à l'occasion de son mariage? Dès lors, la constitution de dot ne fut plus qu'une donation faite à l'un ou à l'autre époux à l'occasion de son mariage; et cette donation emprunta son caractère particulier, ses effets d'acte à titre onéreux, à

la seule considération des charges du mariage en vue desquelles elle était faite. A Rome, au contraire, la constitution de dot n'était pas seulement caractérisée par sa destination : c'était la contribution aux charges du mariage effectuée par l'époux qui n'avait pas la gestion des intérêts de la famille, entre les mains de celui à qui elle appartenait.

Comment la transformation s'est-elle produite? Si nous interrogeons l'ancien droit, nous voyons qu'en pays coutumiers, et suivant la tradition germanique, ce n'était pas la convention qui investissait le mari de certains droits sur les biens de la femme ; c'était la loi qui, par le seul fait du mariage, les lui conférait de plein droit. L'apport de la femme au mari, en tant qu'acte juridique, n'avait pas sa place ; et du même coup, la constitution de dot faite par un tiers au nom de la femme qui, en droit romain, était exactement copiée sur l'apport de la femme au mari, n'avait pas sa raison d'être. Pour doter une femme, jamais un tiers ne traitait avec son mari ; il lui faisait une donation (1), et les biens donnés, confondus avec sa fortune personnelle, étaient de plein droit soumis aux pouvoirs du mari.

Aussi bien, quand je parle d'une transformation de

(1) Dès lors, *doter* et *constituer une dot* sont devenus des expressions synonymes. La personne dotée est celle à qui la dot est constituée : la femme (ou le mari), à qui une donation est faite à l'occasion de son mariage, est dotée ; une dot lui est constituée à elle-même, et non pas au mari, puisque le donateur, le constituant, ne traite pas avec lui. Pour exprimer que la femme apporte certains biens, confère certains droits à son mari, on dit encore indifféremment qu'elle se dote ou qu'elle se constitue une dot. Il serait plus logique, en pareil cas, de dire, comme en droit romain, qu'elle constitue une dot au mari. Il ne faut pas oublier que l'expression de constitution de dot répond aujourd'hui à deux idées différentes : si l'on doit dire qu'une dot est constituée à la femme à qui une donation est adressée, on ne peut pas dire que la femme se constitue à elle-même une dot quand elle transporte certains droits à son mari.

la constitution de dot, l'expression n'est-elle pas pleinement exacte. Il ne faudrait pas croire qu'il s'opéra, dans notre ancien droit, une fusion du droit romain et du droit germanique : la constitution de dot, telle que nous la comprenons aujourd'hui, n'était déjà qu'une donation faite à la femme dans le droit de l'époque barbare ; dès cette époque, le mari était investi, par le seul fait du mariage, de droits et de pouvoirs sur les biens de sa femme. C'est ainsi que la dot fonctionna dans les pays coutumiers, tandis que la dot romaine continuait à être usitée dans les pays de droit écrit. Il y avait là deux institutions très différentes qui se suffisaient à elles-mêmes et n'avaient pas besoin de se fondre ni de se transformer. S'il y a eu fusion, c'est uniquement au point de vue suivant : on a transporté à la constitution de dot du droit coutumier, à la donation faite à un futur époux à l'occasion de son mariage, certains effets des actes à titre onéreux que le droit romain attachait à l'acte par lequel se réalisait l'apport de la femme au mari.

C'est la constitution de dot du droit coutumier qui a passé dans notre droit ; il serait inexact de dire que c'est la constitution de dot du droit romain qui y est usitée, avec des transformations.

La donation faite par un tiers à un futur époux, et l'acte par lequel la femme confère certains droits à son mari, sont, dans notre droit, profondément différents. Cependant, la pratique et la loi leur donnent à tous deux le nom de constitution de dot. C'est la donation adressée par un tiers au mari ou à la femme qui fera l'objet principal de notre étude ; nous ne pouvons cependant laisser de côté l'acte qui réalise l'apport de la femme au mari : c'est lui, en effet, que nous avons étudié en droit romain sous le nom de constitution de dot, alors qu'il

était juridiquement identique à la donation provenant d'un tiers. Il y a plus : en supposant que la donation faite par un tiers s'adresse à la femme, il n'est possible d'en déterminer la nature et les effets qu'en sachant à quel titre et dans quelle mesure le mari acquiert des droits sur les biens constitués en dot, et de qui exactement il les tient. Notre étude principale et d'ensemble de l'ancien droit aura surtout pour objet la constitution de dot considérée comme apport de la femme au mari.

CHAPITRE PREMIER

ORIGINE ET NATURE DES DROITS DU MARI SUR LES BIENS DE LA FEMME

Tandis qu'à Rome, le mari n'acquerrait sur la fortune de sa femme d'autres droits que ceux qu'il tenait de la convention, notre ancien droit, partant d'un principe tout opposé, investissait le mari de pouvoirs étendus sur l'ensemble des biens de la femme. Cette règle a sa source en droit germanique ; elle se retrouve dans les lois barbares. Suivons-en l'application aux différentes époques.

I

La femme, en droit germanique, était placée sous la puissance de son mari, sous le *mundium*, au point de vue de sa personne et de ses biens ; mais il est à croire qu'à l'origine, le *mundium* s'appliquait uniquement à sa personne, faute qu'elle eût des biens sur lesquels pût s'étendre le pouvoir du mari. En effet, à une époque reculée, les Germains achetaient leurs femmes ; et au temps où Tacite nous décrit leurs usages, le don fait par le mari à sa femme, la dot germanique, est encore l'acte

le plus notable qu'on puisse signaler à propos des rapports pécuniaires entre les époux. Il est permis d'y voir un reste de la coutume barbare suivant laquelle le mari achetait la femme à ses parents, ou, tout au moins, obtenait d'eux la cession du *mundium* dont il allait être investi ; vestige bien effacé, sans doute, puisque c'était la femme elle-même qui recueillait ce prix. Tacite nous apprend que la femme, en retour, faisait à son mari un présent de peu d'importance, qui consistait en armes : *Ipsa invicem armorum aliquid viro adfert* ⁽¹⁾. Il n'y avait rien là qui ressemblât à un règlement de rapports pécuniaires entre les époux ; et Tacite se contente de prêter un sens symbolique aux donations réciproques qu'ils s'adressaient : il y voit un moyen d'avertir la femme qu'elle devra partager la vie de périls et d'aventures de son mari.

On en est réduit pour cette époque reculée à des renseignements très insuffisants, et l'on ne peut dire si la femme germane avait des biens auxquels s'appliquât le pouvoir du mari.

Les lois barbares, au contraire, nous fournissent les traits essentiels du régime des biens entre les époux. Le don du mari à la femme, que Tacite avait appelé *dos*, et auquel le nom en devait rester, était usité chez les barbares qui envahirent la Gaule, comme chez les Germains : quelques indices tirés des lois barbares permettent d'y voir avec certitude un reste du prix que payait le mari pour acquérir la femme, ou au moins le *mundium* ⁽²⁾.

Mais surtout nous apercevons assez clairement, à l'é-

(1) TACITE, *De Mor. German.*, XVIII.

(2) A côté de la *dos*, les lois barbares nous signalent le *morgengabe* ; c'était un don que le mari faisait à la femme le lendemain des noces et qui était le prix de sa virginité.

poque barbare, quels biens la femme apportait dans la famille de son mari ; c'est là, dans la question des rapports pécuniaires entre les époux, le seul point qui nous intéresse directement. La femme, en se mariant, pouvait d'abord avoir une fortune personnelle ; en outre, elle pouvait, à l'occasion de son mariage, recevoir de ses proches, et particulièrement de son père ou de son frère, certains biens qui formaient le *faderfium*. Primitivement, la femme mariée perdait tout droit à la succession de ses proches : le *faderfium* lui en tenait lieu ; mais plus tard, le mariage ne la priva plus de l'*hereditas parentum* (1).

Ainsi, les biens que la femme barbare apportait dans la famille de son mari pouvaient lui provenir de sources multiples. A l'origine, elle devait être exclue de la propriété des immeubles qui lui fut plus tard accessible ; le *faderfium* qui, d'abord, était uniquement composé de meubles, et principalement de troupeaux, comprit, avec le temps, des terres et même des villes.

Sur tous les biens de la femme, meubles ou immeubles, sur ceux qu'elle avait en se mariant et ceux qui lui advenaient par la suite, le mari avait des droits qui ne lui étaient pas conférés par la convention, mais qui avaient leur source dans le *mundium*. Le *mundium* a été assez exactement comparé à la tutelle perpétuelle des femmes : il s'appliquait à l'origine à toute femme, qu'elle fût fille, mariée ou veuve. La fille était sous le *mundium* de son père ou de son plus proche parent ; femme, elle passait sous le *mundium* de son mari ; veuve, elle demeurait sous la puissance des parents du mari prédécédé. Mais, quand il s'appliquait à une femme

(1) MARCULFE, *Form.*, II, n^{os} 7 et 10. Les formules de Marculfe datent du milieu ou, plus vraisemblablement, de la fin du VII^e siècle.

mariée, le *mundium* ne peut-il pas, assez justement, être rapproché de la *manus* ? Sans doute, il appartenait nécessairement au mari germain, car il était la conséquence forcée du mariage, tandis que la *manus* n'existait qu'à certaines conditions. Toutefois, si l'on se reporte à l'époque reculée où, d'après une opinion très autorisée (1), les modes d'établissement de la *manus* étaient les seules formes de contracter mariage, on conviendra que l'analogie est sérieuse.

Comme le *manus*, le *mundium* conférait au mari, indépendamment de toute convention, des pouvoirs étendus sur la personne et sur l'ensemble des biens de la femme. Mais, à la différence de la *manus*, il n'absorbait pas la fortune de la femme dans le patrimoine du mari. Ce dernier ne devenait pas propriétaire des biens de la femme ; les droits dont il était investi par le fait même du mariage peuvent être comparés à ceux qui lui sont conventionnellement conférés, dans notre droit, quand les époux adoptent le régime d'exclusion de communauté. Le mari était donc réduit à l'administration et à la jouissance des biens de la femme ; celle-ci en conservait la propriété et les reprenait à la dissolution du mariage (2). Il faut reconnaître, toutefois, que, sur les meubles, les pouvoirs du mari devaient être à peu

(1) ESMEIN, *De la manus, de la paternité et du divorce*. (Rev. gén. de dr., tome VII, 1883, p. 1.)

(2) M. Ginoulhiac, se fondant sur des textes des lois lombardes (L. LUITPRANDI, l. 2, c. 1, lib. VIII), attribue au mari, à titre de succession, tout ou partie des meubles de sa femme prédécédée. A supposer que ce droit existât, il serait la preuve que le mari n'était pas propriétaire des meubles de la femme, et que celle-ci les reprenait au moins quand elle survivait. Il faut avouer que les formules de Marculfe permettent de révoquer en doute ce droit de succession : elles nous apprennent que les époux se faisaient des donations réciproques à titre de gain de survie. (*Form.*, I, 12 ; II, 7.) De la femme au mari, une telle donation ne se serait pas comprise, si le mari avait déjà ces droits, à titre de succession, aux biens de sa femme prédécédée.

près illimités ; leur conservation et leur restitution n'étaient pas assurées à la femme ; tandis que l'aliénation des immeubles n'était possible que de son consentement, et avec l'assentiment de deux ou trois de ses parents.

Le principe était donc, dans le droit de l'époque barbare, que la femme reprenait tous ses biens, meubles et immeubles, auxquels s'était appliqué le *mundium* du mari. Elle recueillait en même temps les biens qui lui avaient été donnés au moment du mariage, à titre de dot ou de *morgengabe*, et sur lesquels s'étaient étendus les pouvoirs du mari : ces deux libéralités devaient d'ailleurs se fondre à une époque ultérieure, pour ne plus former qu'un gain de survie, le douaire. La femme reprenant tous les biens dont elle était propriétaire au moment du mariage et tous ceux qui lui étaient échus depuis, son apport au mari se réduisait à la jouissance de sa fortune pendant la durée du mariage. Encore se pouvait-il que la femme recueillît une portion des fruits et des revenus qu'avaient rapportés ses biens pendant le mariage. En effet, quand elle n'avait pas reçu de dot en se mariant, quand le mari ne lui avait pas fait le don imposé par l'usage, certaines lois barbares lui attribuaient une *dos legitima* ; en particulier, la loi ripuaire (xxxvii, 2) lui permettait de recueillir, à la dissolution du mariage, outre cinquante solides, le tiers de la *conlaboratio*, lorsqu'elle survivait à son mari ⁽¹⁾. Or, la *conlaboratio*, c'était l'ensemble des acquisitions provenant de l'industrie des époux et des économies réalisées sur les revenus de leurs biens. La pratique étendit et généralisa ce simple droit de survie

(1) « Si virum supervixerit... tertiam partem de omni re quam simul conlaboraverint, sibi studeat evindicare. »

que la loi accordait à la femme pour lui tenir lieu de la dot qu'elle n'avait pas reçue : de véritables conventions matrimoniales assuraient dans tous les cas à la femme une quote-part des *comparata*, de la *conlaboratio*. En présence de semblables conventions, la femme pouvait toujours prétendre à une part des acquisitions faites en commun, qu'elle eût ou non reçu une dot ⁽¹⁾ ; et quand elle précédait, ses héritiers y avaient droit.

II

Si de l'époque barbare nous passons à la période du droit coutumier, nous constatons que les droits du mari sur les biens de la femme dérivent toujours de la même source qu'en droit germanique : ils sont la conséquence du mariage lui-même et de la puissance maritale. Je n'ai pas à décrire la transformation profonde que subit le *mundium* germanique ; à montrer comment, après s'être appliqué à toutes les femmes, qu'elles fussent filles, mariées ou veuves, il tomba en désuétude et ne fut maintenu qu'à l'égard des femmes mariées ; de tutelle générale des femmes, il devint la puissance maritale. Il suffit d'indiquer que le mot même de *mundium* n'est plus usité en droit coutumier : on dit de la femme qu'elle est *in mundeburnio* de son mari ; le mari est *mainburnissière* ou *mainbour* de sa femme. Dans des documents et des ouvrages très rapprochés de nous, le mari est qualifié de *bail* ou *baillistre* de sa femme :

(1) Ce n'était pas la dot, mais le *morgengabe*, que la femme ne pouvait pas recueillir en même temps qu'une portion des *comparata* ; mais il est certain que ce cumul fut possible quand la dot et le *morgengabe* furent confondus et formèrent le douaire.

cette expression s'introduisit par rapprochement de la situation de la femme et de celle des mineurs ou sous-âgés, dont les biens, en cas de garde-noble ou de garde-bourgeoise, étaient en bail, étaient entre les mains d'un baillistre ou gardien : ainsi les biens de la femme étaient entre les mains du mari. La plupart des textes qui emploient ces expressions ont pour but d'astreindre le mari au paiement du relief, à raison de la jouissance des fiefs de la femme, que le mariage lui a conférée. C'est ainsi que nous lisons au livre II, chap. 27 du grand Coutumier : « Si je donne à ma fille un fief en mariage, comme pour don de noce, son mari devra rachat, parce qu'en ce cas, il a le bail de sa femme. »

Si les droits du mari, en droit coutumier comme en droit germanique, dérivent toujours du mariage et s'expliquent par l'idée de la puissance maritale, ils sont sensiblement différents de ce qu'ils étaient dans la période précédente. La communauté s'était en effet introduite ; elle existait sans aucun doute dans la seconde moitié du ^{xiii}^e siècle, car Beaumanoir nous en signale les traits essentiels. Nous pouvons affirmer que la communauté exista du jour où la femme eut, sur les bénéfices réalisés par le mari, non plus un simple gain de survie, non plus même un droit qu'elle tenait de la convention, mais un droit de copropriété dont elle était en tous cas investie par la loi.

La question principale qui se pose à propos des origines de la communauté est celle de savoir comment naquit le droit de copropriété de la femme sur les biens qui furent qualifiés de communs, qui furent entre les époux l'objet d'une compagnie. On admet que ce droit a sa source dans l'attribution à la femme, à titre de gain de survie, du tiers de la *conlaboratio*. C'est l'opinion à laquelle nous nous rangeons sans discussion.

Mais la question des origines de la communauté soulève une difficulté particulière qui nous intéresse d'assez près. Si la communauté n'avait compris d'autres biens que ceux qui formaient autrefois la *conlaboratio*, le *comparatum*, les pouvoirs du mari sur la fortune de sa femme n'auraient pas été modifiés; mais la femme, au lieu d'un gain de survie, aurait été investie par la loi de la copropriété même des biens compris dans le *comparatum*. Or, avons-nous vu, à l'époque barbare, la femme reprenait tous ses biens, meubles et immeubles, à la dissolution du mariage; le *comparatum* était donc uniquement le produit de l'industrie des époux et des économies réalisées sur les revenus de leurs biens. La communauté au contraire, l'ensemble des biens dont la femme était copropriétaire, comprenait les meubles des deux époux. La substitution du régime de communauté au régime germanique primitif ne consiste donc pas seulement en une transformation de la nature du droit de la femme; elle consiste en outre en ce que la femme, qui restait propriétaire exclusive de ses meubles, les perd désormais, ou du moins les verse dans le fonds commun. Comment expliquer ce résultat?

Laurière semble admettre que déjà à l'époque barbare, les meubles de la femme entraient dans la composition du *comparatum*. On sait comment il rend compte de l'origine de la communauté: elle a sa raison d'être dans les pouvoirs du mari sur les biens de la femme (1);

(1) L'explication qu'a donnée Laurière des origines de la communauté n'est pas si absurde qu'on le prétend d'ordinaire. Il la fait dériver de l'attribution à la femme par la loi ripuaire de la *tertia pars conlaborationis*, et cette explication est celle qui a le plus de crédit aujourd'hui. Mais comment raisonne-t-il? La *tertia pars conlaborationis* fut accordée à la femme en compensation des pouvoirs que le mari acquérait sur ses biens. Cette assertion est encore très acceptable. Mais il ajoute que la puissance du mari sur les biens de sa femme existait déjà à Rome,

elle a été créée au profit de celle-ci, comme compensation des droits que la puissance maritale faisait acquérir au mari sur ses biens, « pour la dédommager de la perte des fruits de ses héritages (1). » C'est bien dans l'attribution à la femme de la *tertia pars conlaborationis* que Laurière voit l'origine de la communauté : Les femmes, nous dit-il, succédèrent au tiers des conquêts, « parce que ces conquêts provenaient en partie de leur travail, et quelquefois des biens qu'elles possédaient en se mariant, ou qui leur étaient échus depuis le mariage (2). Ainsi, d'après Laurière, la femme contribuait à la formation du *comparatum*, d'abord par les fruits de ses héritages, et, en outre, par sa fortune mobilière ; dans cette opinion, on s'explique que les meubles des époux fassent partie de la communauté, puisqu'ils faisaient déjà partie du *comparatum*. Mais c'est justement ce dernier point que je conteste ; à cet égard, Laurière fait assurément erreur.

M. Viollet rend compte tout autrement de la composition de la communauté (3). Il met à la base de la communauté entre époux l'hypothèse d'une femme sans dot et sans droits successoraux. Le droit à la *tertia pars conlaborationis*, qui devint pour la femme une copropriété, était, à l'origine, l'attribution qui lui était faite d'une certaine quotité de la fortune totale, ou de quelques-uns des biens du mari. La femme, par hypothèse, n'apportant rien en mariage, ne pouvait assurément

et il en conclut que la communauté dérive du droit romain. C'est là son erreur ! Jamais le droit romain n'a établi entre les époux une société analogue à notre communauté ; et le pouvoir du mari germain sur les biens de sa femme, le *mundium*, ne se rattache de près ni de loin à la *manus* du droit romain.

(1) LAURIÈRE, *Cout. de Paris*, art. 224.

(2) LAURIÈRE, *Glossaire du dr. fr.*, Comm. de biens.

(3) *Précis de l'histoire du dr. fr.*, p. 661 et suiv.

recueillir, le mariage dissous, que des biens du mari.

Cela posé, dans les coutumes et lois barbares où la femme recueillait le quart, le tiers ou la moitié de la fortune du mari, c'est la communauté universelle qui s'établit. Le jour où elle eut une dot, où elle ne fut plus exclue des successions, l'équité exigeait qu'il se formât, entre les époux, une compagnie, une société dans laquelle tomberaient tous les biens de la femme, afin que, sur toute la fortune de celle-ci, le mari acquît des droits correspondant à ceux qu'elle acquérait sur la fortune du mari.

Dans d'autres coutumes, au contraire, le droit de survie de la femme ne porta pas sur l'intégralité des biens du mari. Sur ses immeubles, portait le douaire de la femme dont le gain de survie était restreint aux autres biens du mari, aux meubles. Quand elle eut une dot et des droits successoraux, la compagnie qui se forma comprit, de son chef, les mêmes biens qui, dans la fortune du mari, servaient d'assiette à son gain de survie. Telle fut l'origine du régime qu'on désigne aujourd'hui sous le nom de communauté légale.

L'explication que donne M. Viollet de la formation et de la composition de la communauté est absolument inverse de celle que Laurière a produite. Laurière explique la participation de la femme au *comparatum* par l'idée qu'elle contribuait à sa formation ; M. Viollet, par cette idée que, recueillant une part du *comparatum*, il était légitime qu'elle y comprît les mêmes biens que le mari y faisait tomber. Mais l'hypothèse sur laquelle il appuie son système ne me paraît pas suffisamment justifiée. Il est probable qu'à une époque très reculée, la femme entraînait les mains vides dans la famille du mari ; mais le *faderfium* est assurément antérieur à l'admission, par certaines lois barbares, d'un droit de survie à

son profit ; dès lors, jamais son droit de survie ne porta exclusivement sur la fortune du mari, mais sur une masse de biens qu'elle avait contribué à former par un apport en jouissance. L'explication donnée par Laurière me paraît, en définitive, plus près de la vérité : la femme prenait une part du *comparatum* dans lequel elle avait versé, non pas ses meubles, mais au moins les fruits de ses héritages (1). Comment expliquer alors que la communauté ait compris les meubles des époux ? On peut rappeler que si la femme barbare avait le droit de reprendre les meubles qu'elle avait apportés, la restitution ne lui en était pas garantie ; sur les meubles de la femme, les pouvoirs du mari étaient sans doute illimités ; bien qu'ils ne fussent pas acquis au mari, ils étaient confondus avec le reste de sa fortune. Quand un fonds commun fut créé entre les époux, il était donc naturel d'y comprendre leur fortune mobilière.

Quand la communauté se fut introduite, les biens demeurés propres à la femme, comme les biens communs, furent soumis aux pouvoirs dont le mari était investi par le fait du mariage. Sur les biens communs, ils étaient sensiblement différents, suivant qu'il s'agissait de meubles ou d'immeubles ; à l'époque de Beaumanoir, les conquêts étaient, pour ainsi parler, entre les époux, l'objet d'une copropriété distincte de celle des autres biens communs. Des biens demeurés propres à la femme, qui ne pouvaient guère être que des immeubles, le mari n'avait, comme dans le droit antérieur, que l'administration et la jouissance ; il n'en pouvait disposer que du consentement de celle-ci (2).

(1) Il ne faut pas oublier toutefois que, dans la loi ripuaire, la *tertia pars conlaborationis* était destinée à tenir lieu à la femme de *dos legitima*.

(2) BEAUMANOIR, XXI, 2 *in fine* ; LOYSEL, *Inst. cout.*, l. I, t. II, n^{os} 16 et 17.

Les droits du mari dérivant du mariage, de la puissance maritale, la raison ne conçoit pas dès lors que la fortune de la femme ait pu avoir un sort différent de celui auquel le mariage la soumettait nécessairement. Tout au plus aurait-on pu comprendre que la convention conférât au mari des droits qu'il n'avait pas : il était inadmissible qu'elle lui retirât des droits inhérents à la puissance maritale. Et, en effet, la communauté était seule pratiquée à l'origine ; ses règles et sa composition pouvaient varier suivant les pays, mais dans chaque pays il fallait l'adopter telle que la coutume la réglait. Qu'on interroge Beaumanoir (1), Desfontaines et l'auteur inconnu des Etablissements de saint Louis, jamais on ne verra les époux substituer à la communauté un régime différent. Nous rencontrons bien à l'époque où ils écrivaient, et même auparavant, depuis le x^e siècle, des chartes, des *libelli dotis*, de véritables contrats de *mariage* ; mais ils contiennent des renonciations à succession, des donations faites à la femme, ou des conventions qui portent règlement du douaire. A cela se réduisait alors la liberté des conventions matrimoniales : la communauté n'était jamais écartée ni modifiée.

Il est à croire que les époux ne tardèrent pas à régler autrement leurs rapports pécuniaires. Si la raison et les principes imposaient le régime de communauté, on ne rencontrait dans la législation positive aucune défense de s'en affranchir (2) ; et les époux durent de

(1) « Si tost comme mariage est fes, nous dit Beaumanoir (XXI, 2), li biens de l'un et de l'autre sont communs par la vertu du mariage, li hons en est mainburnissière. »

(2) « Convenances vainquent loi, » nous dit Loysel (l. III, t. I, n^o 1), et Laurière en donne cet exemple, que les époux pouvaient stipuler le régime d'exclusion de communauté, malgré l'article de la Coutume de Paris, qui déclare que les époux seront communs.

bonne heure s'y soustraire, quoique ce fût une atteinte portée à la puissance maritale qui, de sa nature, n'est pas dans le domaine des conventions.

Les clauses qui modifiaient le régime de communauté sans l'exclure doivent avoir été appliquées les premières ; elles modifiaient la communauté sans supprimer le fonds commun, et surtout sans en changer le gouvernement ni toucher aux pouvoirs du mari sur les propres de sa femme : on n'apercevait même pas qu'en donnant une part à la convention dans la détermination des biens qui tombaient en communauté, on méconnaissait le principe suivant lequel les pouvoirs du mari dérivaien^t du mariage.

Mais quand on put aller jusqu'à exclure la communauté, jusqu'à réserver à la femme, par une clause de séparation de biens, l'administration et la jouissance de sa fortune, ne fallut-il pas se rendre à l'évidence et reconnaître que le principe emprunté au droit germanique n'avait plus d'application ni de raison d'être ? L'exclusion de communauté était encore admissible ; la pratique de ce régime n'était qu'un retour inconscient au régime des biens entre époux, tel que le droit germanique l'organisait avant la formation de la communauté (1). Au fond, l'idée coutumière était respectée : le mari demeurait bail de sa femme, quoique avec de moindres pouvoirs et des droits plus restreints.

Quant au régime de séparation de biens, l'admission en est inexplicable en raison ; historiquement, il est

(1) On pourrait prétendre que le régime germanique primitif fut supplanté, mais non supprimé par la communauté, et qu'il se maintint toujours à titre secondaire. J'estime que le régime germanique disparut quand la communauté s'introduisit, et qu'il reparut plus tard, à cause de ses avantages particuliers, sans que, dans la pratique, on eût conscience de revenir à une institution tombée en désuétude,

presque impossible d'en rendre compte, mais assurément elle ne peut remonter bien haut. Quand on voit, au Code civil, les trois régimes d'origine coutumière réunis dans un même chapitre et opposés au régime romain, on peut croire qu'ils répondaient, dans l'ancien droit, à une idée commune : en réalité, la séparation de biens est la négation du système barbare auquel la communauté et le régime exclusif de communauté se rattachent plus ou moins étroitement. C'est bien plutôt une origine romaine qu'il faudrait lui reconnaître : la séparation de biens judiciaire aurait été empruntée au droit romain, qui admettait la reprise anticipée de la dot quand le mari *vergit ad inopiam*. La séparation judiciaire conduisit naturellement à la séparation conventionnelle.

M. Viollet fait remonter la séparation judiciaire à une époque très reculée (xii^e siècle) et admet que la séparation conventionnelle était pratiquée dans la seconde moitié du xiv^e siècle (1). Les documents qu'il invoque ne me semblent pas très probants : le plus sage est de n'admettre la séparation qu'à l'époque où nous en trouvons des traces certaines. Or, il est parlé de *femme séparée de son mari* dans les anciennes coutumes (2) ; leurs textes n'ont assurément pas trait à une séparation de corps, mais ils ne se réfèrent le plus souvent qu'à une simple séparation judiciaire, comme l'attestent les mots *séparée de biens par effet*, qui marquent que la séparation doit être non seulement prononcée, mais effectuée. Ce sont les termes dont se servent encore presque

(1) Cf. GIDE, *De la cond. de la femme*, p. 207 et note.

(2) Cout. de Paris, art. 106 et 114 ; cout. d'Orléans, art. 171. Cf., art. 6, ch. viii. Cout. de Lorris-Montargis, qui parle en termes exprès de femme *séparée de son mari quant aux biens*. — L'expression même de séparation de biens ne se rencontre pas dans les coutumes.

toutes les coutumes dans leur nouvelle rédaction, notamment celle d'Orléans, ce qui prouve qu'en 1583 la séparation judiciaire était presque seule pratiquée.

En plaçant l'admission de la séparation à une époque tardive, et en admettant que la séparation judiciaire apparut la première, on peut vraisemblablement la faire dériver du droit romain. Cette assertion est d'autant plus acceptable que le régime des biens d'une femme séparée était, à l'origine, exactement celui des paraphernaux de la femme romaine. Elle reprenait ou conservait sur ses biens l'intégralité de ses droits et n'était entravée dans leur exercice par aucune incapacité.

C'est ici le lieu de mettre en lumière une idée que nos anciens auteurs ne me semblent pas avoir entrevue. La détermination des droits que la femme conserve sur ses biens et des droits qui sont à leur égard dévolus au mari met en jeu une double question. La femme, par le fait seul du mariage, est dépouillée d'une partie de ses droits, qui sont conférés au mari en qualité de mainbour, de baillistre. On ne peut dire de la femme qu'elle est incapable de les exercer : là où il n'y a pas de droits, il ne peut être question d'incapacité. Quand la femme, avec l'autorisation du mari, fait un acte relativement à un bien qui ne lui appartient pas ou exerce un droit qu'elle a perdu, il ne faut pas hésiter à voir dans cette prétendue autorisation un véritable mandat qui lui est donné par le mari. Dès lors, il n'est pas besoin d'observer que l'autorisation de justice ne peut sur ce point remplacer celle du mari. Or, on peut croire que notre ancien droit n'a pas entrevu cette idée, devenue élémentaire en droit moderne ; car il lui arrive de la méconnaître. C'est ainsi que l'article 5, chap. xxiii, de la coutume de Nivernais admet la femme à requérir l'autorité

de justice pour mettre en mouvement les actions possessoires relatives à ses biens, quand le mari néglige de les exercer.

Mais il est des droits que la femme a conservés : c'est à elle seule qu'il appartient d'obliger ses propres et de les aliéner. Mais elle ne peut exercer ses droits qu'avec l'autorisation de son mari, parce qu'elle est incapable.

L'erreur de nos anciens jurisconsultes fut de considérer cette autorisation, que le mari était libre de donner ou de refuser, comme un droit sur les biens de sa femme (1). Voilà pourquoi ils ont si mal compris et si mal réglémenté la séparation de biens.

J'ai dit que la séparation, au moment où la pratique s'en introduisit, rendait ou conservait à la femme tous les droits que le mariage lui faisait perdre, et l'affranchissait de l'autorisation maritale dont elle aurait dû avoir besoin pour les exercer (2). Comment pouvait-on justifier un semblable résultat ?

Du Moulin en rendait compte de la manière la plus simple : la puissance maritale, telle qu'il la comprenait, pouvait être amoindrie ou diminuée.

Comme le *mundium* germanique dont elle dérivait, la puissance maritale était instituée dans l'intérêt exclusif du mari. Il en résulta principalement que pendant longtemps, l'autorisation maritale ne put être remplacée par l'autorisation de justice ; et que plus long-

(1) En droit moderne, comme nous le verrons, c'est en vertu de la convention que le mari est investi des droits qu'il avait autrefois comme baillistre. Et quant à son pouvoir d'autoriser la femme à exercer les droits qu'elle a conservés, ce n'est pas une conséquence des pouvoirs du mari sur les biens de celle-ci, pouvoirs dont il serait investi par le fait même du mariage, mais une suite de la puissance maritale sur la personne de la femme.

(2) V. 4^{re} rédaction de la Cout. d'Orléans, art. 171, et Cout. de Lorris-Montargis, ch. viii, art. 6,

temps encore, le mari seul put invoquer la nullité des actes passés par la femme non autorisée. Or, au xvi^e siècle, sous l'influence du droit romain, alors très en faveur, et par imitation du Velléien qui frappait les femmes d'incapacité à raison de leur faiblesse, du Moulin entreprit de faire admettre que l'autorisation maritale était exigée en vue de protéger la femme mariée ; son incapacité fut rattachée à l'idée de sa faiblesse. Aussi l'admettait-il à invoquer la nullité des actes qu'elle avait passés sans autorisation ; et l'assistance d'un mari mineur, jusqu'à nécessaire, mais suffisante pour habilitier la femme, était-elle considérée comme ne lui procurant plus une garantie suffisante (1). Enfin et surtout, la puissance maritale, qui conférait au mari « la jouissance et la maîtrise de tous les biens du mariage, » put être écartée par la convention (2). La stipulation du régime de séparation supprimait la puissance maritale en tant qu'elle s'appliquait aux biens de la femme ; aucun droit d'administration ni de jouissance n'était plus transporté au mari ; et la nécessité de l'autorisation maritale était également supprimée, puisqu'on n'y voyait qu'un droit sur les biens. La séparation des biens, nous dit du Moulin, *reddit mulierem separatam a potestate viri* (3).

Ainsi, du Moulin, allant à l'encontre d'une idée traditionnelle, fait une place à la convention dans la détermination des droits du mari ; non pas qu'il déclare que le mari tient ses droits de la convention ; c'est toujours par suite du mariage et de la puissance maritale qu'il en est investi. Mais cette puissance n'existant pas à son

(1) Du MOULIN, sur l'art. 114 de la Cout. de Paris.

(2) GIDE, *Cond. privée de la fem.*, éd. Esmein, p. 396 et suiv.

(3) Note sur l'art. 232 de la Cout. du Bourbonnais. Cf. notes sur l'art. 170 de la même Coutume ; sur l'art. 4, tit. 14, de la Cout. d'Auvergne, et l'art. 223 de la Cout. de Reims.

profit, mais étant instituée pour la protection de la femme, peut être amoindrie ou supprimée par la convention; ainsi s'expliquait la pluralité des régimes matrimoniaux.

L'idée que du Moulin avait mise à la base de l'incapacité de la femme et les conséquences qu'il en avait déduites ne trouvèrent aucun crédit (1). Et notamment, nos anciens auteurs soutiennent contre lui, avec une certaine véhémence, que la femme séparée ne se mettait pas hors de la puissance de son mari (2). Comment donc justifiaient-ils la séparation de biens (3)?

Que la femme séparée conservât ou reprît, sur ses biens, tous les droits qui auraient dû, par le fait seul du mariage, être dévolus au mari, c'est un résultat qui ne semble pas avoir embarrassé nos anciens auteurs et sur

(1) Pothier et Le Brun n'admettaient la femme à invoquer la nullité des actes qu'elle avait passés sans autorisation, que parce qu'ils déclaraient la nullité absolue, et Pothier proclamait l'autorisation d'un mari mineur suffisante pour habiliter la femme. On ne peut nier cependant que l'idée de la faiblesse de la femme n'ait continué à avoir quelque influence sur son incapacité. C'est ce qui jette encore tant d'obscurité sur la matière de la puissance maritale.

(2) L'opinion de du Moulin n'a guère été suivie que par Gousset (art. 66 de la Cout. de Chaumont, notes 2 et 7); par Choppin (*De Mor. Paris.*, l. II, t. I, n° 15), et par Le Page, Cout. de Lorris-Montargis, viii, 6). On dit parfois que cette dernière Coutume, la Cout. locale de Dunoy (art. 58) et la Cout. de Sedan (art. 95 et 97), consacrèrent la théorie de du Moulin. Cette formule est inexacte. Il ne faut pas oublier que du Moulin n'innovait pas, mais qu'il cherchait à justifier un état de choses existant avant lui, et qu'établissait, comme nous l'avons vu, la première rédaction de la Cout. d'Orléans (art. 171).

(3) On peut observer que nos anciens auteurs semblent ne voir dans la séparation de biens qu'une aggravation du régime sans communauté. (LAURIÈRE, *Cout. de Paris*, n° 234; BRODEAU, sur l'art. 37 de la même Coutume; ARGOU, *Instit. au dr. fr.*, l. III, ch. 4.) M. VIOLLET, (*Précis d'hist. du dr.*, p. 677) en conclut que les règles de la séparation ne se distinguaient pas nettement à l'origine de celles du régime d'exclusion de communauté. Je n'en crois rien; je pense plutôt que, pour justifier le régime de séparation, nos anciens auteurs l'ont présenté comme une forme du régime sans communauté.

lequel il ne nous fournissent aucune explication. Mais la femme, pour exercer les droits qui lui étaient maintenus, avait-elle besoin de l'autorisation maritale, avait-elle ou non pleine capacité ? C'est sur ce point que les adversaires de du Moulin arrivaient à une conclusion différente de la sienne. Ils faisaient une distinction entre les actes d'administration et de jouissance et les actes de disposition : la femme pouvait procéder seule aux premiers ; quant au droit de disposer, il ne pouvait être exercé par elle qu'avec l'autorisation de son mari. On expliquait la faculté laissée à la femme de procéder seule aux actes d'administration et de jouissance par une autorisation tacite contenue au contrat de mariage (1). C'était peut-être le seul effet de la séparation dont il n'était pas nécessaire de rendre compte. Sous aucun autre régime, la femme n'avait l'administration ni la jouissance de ses biens ; jamais elle n'avait eu occasion de requérir l'autorisation maritale pour les actes que comporte l'exercice de ces droits ; on aurait donc pu soutenir, puisque l'incapacité de la femme ne s'était jamais manifestée à l'égard des actes d'administration et de jouissance, qu'elle avait virtuellement la capacité d'y procéder.

Quant aux actes de disposition qui, en principe, appartenaient à la femme sous les différents régimes, mais qu'elle ne pouvait faire seule, l'autorisation maritale était aussi requise en cas de séparation. C'est le seul point sur lequel les adversaires de du Moulin arrivaient à une solution différente de celle qu'il avait cherché à justifier. Sur ce point, les effets de la séparation de biens avaient certainement été modifiés, puisqu'à

(1) ARGOU, *Inst. au dr. fr.*, l. III, ch. 4. BOURJON, *Dr. com. de la F.*, t. X, 4^e partie, ch. 4, sect. 7.

l'origine, elle conférait à la femme la libre disposition de ses biens. Je crois qu'il faut voir dans cette innovation, dans l'obligation imposée à la femme séparée de requérir l'autorisation maritale, au moins pour l'aliénation de ses immeubles, le résultat de considérations d'utilité pratique : on ne voulut pas que la femme pût se ruiner, surtout quand la séparation de biens, étant l'accessoire d'une séparation de corps ou résultant d'un jugement, était susceptible de prendre fin (1). Mais comme l'autorisation maritale était considérée comme une conséquence des pouvoirs qu'avait le mari sur les biens de sa femme, les adversaires de du Moulin croyaient pouvoir observer avec avantage que la femme séparée n'était pas soustraite, même quant à ses biens, à la puissance maritale. Comment avait-on distingué les droits dont la suppression eût abouti à la ruine des pouvoirs du mari sur les biens de la femme, et ceux dont le maintien était nécessaire et suffisant pour que la puissance maritale subsistât? Cette distinction s'était faite toute seule; la pratique l'avait introduite. L'exigence de l'autorisation maritale pour que la femme pût procéder aux actes les plus graves sembla suffisante pour le respect de l'idée coutumière, suivant laquelle le mari est de plein droit investi de pouvoirs sur les biens de sa femme; on n'aperçut pas que cette idée était méconnue par le seul fait que la femme avait conservé ou recouvré les droits qui auraient dû être dévolus au mari (2).

(1) LAURIÈRE, note sur l'art. 234 de la *Cout. de Paris*. Cf. note sur l'art. 199 de la *Cout. d'Orléans*, édit. de 1711.

(2) D'ailleurs, d'après le plus grand nombre de nos anciens auteurs, le droit que la séparation de biens n'enlevait pas au mari était bien fragile. L'idée d'une autorisation générale tacite, contenue au contrat où était stipulée la séparation de biens, dont on se servait pour dispenser la femme de l'autorisation maritale, quand il s'agissait des actes d'ad-

Il reste désormais acquis que, jusqu'à la fin de notre ancien droit, et bien que cette idée fût inconciliable avec la multiplicité des régimes matrimoniaux, le mari tenait du mariage même ses droits sur les biens de la femme. « Comme les maris ont la puissance sur la personne de leur femme, disait Loyseau, ainsi l'ont-ils à plus forte raison sur leurs biens (1). » Et Loysel : « Le mari est bail de sa femme (2). » Ce que Laurière commente en ces termes : « C'est plutôt comme bail, gardien ou mainbour que le mari a l'administration des biens de sa femme, que comme chef de la communauté. » Quant aux pouvoirs du mari sur les biens communs, le même auteur les expliquait comme il suit : « De la communauté, le mari est chef en vertu de sa puissance maritale, puissance qui s'étend à la fois sur la personne et sur les biens de la femme (3). »

Mais c'est Pothier qu'il faut interroger pour savoir à quelle idée et à quelle formule notre ancien droit s'est en dernier lieu attaché, pour expliquer les pouvoirs du

ministration et de jouissance, était dangereuse; pour tous les autres actes, et spécialement pour les actes de disposition, pourquoi une autorisation générale expresse donnée par le contrat n'aurait-elle pas pu d'avance habiliter la femme? C'est ce qu'admettaient beaucoup d'auteurs : BOURJON, *Dr. com.*, t. X, 4^e partie, ch. 4, n^o 30 et 31 et n^o 33; LE BRUN, *Traité de la com.*, l. II, ch. 4, sect. 1, n^o 16; LAURIÈRE, *Cout. de Paris*, art. 234; Claude DE FERRIÈRE, *Cout. de Paris*, art. 234. Au contraire, POTHIER (*Comm.*, n^o 5) et ARGOU (*Instit. au dr. fr.*, l. III, ch. 4) ne prenaient pas de telles licences avec le texte de la Coutume de Paris et n'admettaient pas l'autorisation générale expresse. Pothier, en effet, avait compris que l'autorisation maritale n'était pas une conséquence des pouvoirs du mari sur les *biens* de la femme, car il écrivait : « La nécessité de l'autorisation du mari n'est fondée que sur la puissance que le mari a sur la *personne* de la femme, qui ne permet à la femme de rien faire que dépendamment de lui. » Quelques Coutumes, comme celle de Mantes (art. 124), excluaient expressément toute autorisation générale donnée à la femme en vue des actes de disposition.

(1) *Déguerp.*, II, 4, n^o 7.

(2) *Inst. cout.*, l. I, t. 4, n^o 3 (éd. Dupin, n^o 178).

(3) LAURIÈRE, sur le n^o 117 des *Inst. cout.* de Loysel, l. 1, t. 2, n^o 15.

mari sur les biens de sa femme. « La puissance du mari s'étend aussi sur les biens de la femme. Il n'a pas à la vérité la propriété des propres de la femme... Mais nos coutumes lui donnent un droit de bail et de gouvernement sur les propres de la femme. »

« La puissance que le mari a sur la femme le rend aussi chef de la communauté qu'ils ont contractée ensemble, et en cette qualité seul maître absolu des biens et des actions qui la composent (1). » Ainsi Pothier reproduit exactement l'idée traditionnelle et ne fait aucune part à la convention pour expliquer les pouvoirs du mari sur les propres de la femme : il y voit une suite de la puissance maritale. Mais pour les biens communs, c'est uniquement la qualité de chef de la communauté *contractée*, librement établie par les époux, que Pothier fait découler de la puissance maritale. Ainsi il se rapproche singulièrement de l'idée moderne, d'après laquelle le mari n'a sur les biens de sa femme d'autres droits que ceux dont l'investit la convention. Pothier ne disait-il pas déjà que la communauté légale n'est qu'une communauté conventionnelle tacite ?

On me reprochera peut-être de m'être trop longtemps arrêté à déterminer quelle était la source des pouvoirs du mari sur les biens de la femme ; mais il était indispensable d'élucider ce point. L'idée que je me suis efforcé de mettre en lumière semble avoir été trop souvent ignorée ou méconnue (2).

(1) *Introd. à la Cout. d'Orléans*, n° 153 et 158.

(2) M. Guillaud a écrit dans son *Traité du contrat de mariage* (t. II, n° 680) : « C'est à tort, croyons-nous, que Pothier rattachait le droit d'administration du mari sur les biens propres de la femme à la puissance maritale : la puissance maritale existe sous tous les régimes, et cependant sous le régime de séparation de biens, le mari n'a pas l'administration des biens de sa femme. Ce droit d'administration est un corollaire des droits du mari comme chef de la communauté... »

Nous connaissons la source des droits du mari sur les biens de la femme ; il suffit maintenant d'indiquer que ces droits représentaient la contribution de la femme aux charges du mariage, ce qu'à Rome on appelait la dot de la femme. Sous le régime de communauté, la femme mettait dans le fonds commun la propriété d'une partie de ses biens et la jouissance de ceux qui lui demeuraient propres. En cas d'exclusion de la communauté, elle conférait au mari la jouissance de l'intégralité de ses biens. Quant au régime de séparation de biens, il ne semble pas qu'à l'origine il ait donné lieu à une contribution de la femme. Je n'en puis fournir une preuve directe, mais seulement un indice assez sérieux : quand, sous l'influence de considérations d'utilité, on astreignit la femme séparée à demander l'autorisation de son mari pour l'aliénation de ses immeubles, ce n'était pas dans la crainte qu'elle dissipât des biens dont le revenu lui permettait de fournir une contribution au mari : on voulait que le jour où la séparation prendrait fin, la femme n'eût pas aliéné les biens sur lesquels les droits du mari auraient pu s'asseoir (1). D'ailleurs, j'ai dit que la condition des biens d'une femme séparée dut être celle des paraphernaux : il semble, toutefois, que la

M. Guillouard semble imputer cette erreur à Pothier tout seul, alors que ce fut l'erreur commune de tous nos anciens auteurs. Mais, quelques pages plus loin (n° 759), par une contradiction manifeste, M. Guillouard, à la suite de Troplong, et contrairement à Laurent, affirme que c'est sur la puissance maritale qu'il faut fonder le droit du mari d'administrer les propres de sa femme, et non sur ce fait qu'ayant, comme chef de la communauté, la jouissance des propres de la femme, il doit en avoir l'administration. Bien que fondé sur la puissance maritale, ce droit d'administrer est de la nature et non de l'essence de la communauté légale, et peut être écarté par la convention. Mais alors pourquoi avoir reproché à Pothier de fonder sur la puissance maritale un droit que la séparation de biens excluait, pour en donner, quelques pages plus loin, la même explication ?

(1) LAURIÈRE, *Cout. de Paris*, art. 234.

femme séparée devait pourvoir à son entretien sur ses propres biens ; en effet, en cas de séparation conventionnelle, on ne lui donne pas la libre disposition de ses immeubles, de peur qu'elle ne se ruine et ne tombe à la charge de son mari. A Rome, la femme qui avait des paraphernaux n'était pas tenue de les employer à son entretien, auquel le mari devait pourvoir : il est vrai qu'elle avait pu être dotée, tandis que la femme séparée n'apportait rien au mari.

C'est sans doute la convention qui fixa primitivement l'apport de la femme séparée à son mari : l'usage de semblables conventions se généralisa et finit par devenir obligatoire. Sur ce point, les auteurs sont très sobres de détail : on lit dans Argou ⁽¹⁾ ces simples mots : « Dans le cas de séparation de biens stipulée par un contrat de mariage, on ajoute souvent que la femme paiera une pension fixe à son mari ; d'autres fois, que la dépense sera faite en commun ; cela dépend de la volonté des parties. » J'estime qu'il s'agit là d'une contribution que la femme promettait volontairement, et non d'un apport obligatoire dont le règlement seul était laissé à la volonté des époux. Pothier, au contraire, imposait à la femme séparée l'obligation de fournir à son mari une portion de ses revenus : le chiffre, d'ailleurs, n'en était pas fixé par la coutume, mais laissé à l'application du juge ⁽²⁾.

Quoique ne dérivant pas de la convention, les droits du mari sur les biens de la femme représentaient l'apport de cette dernière *ad sustinenda matrimonii onera* ; ils correspondaient assez exactement à la dot romaine, à la dot qu'une femme se constituait *de suo*. C'est, en effet, sous

(1) *Inst. au dr. fr.*, l. III, ch. 4.

(2) POTHIER, *Traité de la com.*, n° 464. Cf. BOURJON, *Dr. com.*, t. X, 1^{re} part., ch. 1, n°s 7 et 8.

ce nom que la pratique les désignait. Laurière nous apprend que l'emploi du mot *dot* avait fait difficulté; il y était lui-même particulièrement opposé, et reprend plusieurs fois Loysel, qui s'en servait sans scrupule. « L'on ne peut, écrit Loysel ⁽¹⁾, plus honnêtement vendre son héritage qu'en constituant une grand dot à sa femme. » Ce qui provoque cette remarque de Laurière : « L'auteur aurait mieux mis : en assignant dessus les sommes qu'il a eues en mariage de sa femme. La raison est que dans les pays coutumiers, les femmes n'ont pas de dot, et que les maris jouissent des biens qu'elles ont comme baillistres et gardiens. » Selon lui, le mot *dot* avait un autre sens dont il ne fallait pas le détourner; il servait à désigner le douaire ⁽²⁾. La crainte d'une confusion entre l'apport de la femme et le douaire n'était qu'un prétexte pour écarter l'emploi du mot *dot*; il y avait longtemps que la *dos* germanique et le *morgengabe* s'étaient fondus pour former le douaire, que, dans la pratique, le mot *dot* ne servait pas à désigner. Mais Laurière veut marquer que l'apport de la femme au mari ne se comporte pas comme la dot romaine et n'est pas soumis aux mêmes règles. Ce que d'Argentré, commentant l'article 419 de l'ancienne coutume de Bretagne, avait exprimé en termes énergiques : *Jure patrio nulla nobis dos..., nullus fundus dotalis, nulla lex Julia, nulla usucapiendi inhabilitas*. Mais surtout Laurière voulait bien établir que les biens de la femme n'étaient pas mis aux mains du mari par une opération analogue à celle que nous avons décrite en droit romain : « Dans nos pays

(1) *Inst. cout.*, l. 1, t. 2, n° 14 (éd. Dupin, n° 117).

(2) LAURIÈRE, *Glossaire de dr. fr.*, aux mots *dot* et *douaire*. Par une bizarrerie que nous signale encore Laurière, en aucuns lieux, le douaire signifie la dot de la femme et ce qu'elle apporte en mariage. St-Sever, tit. 11, tit. 12, art. 36, en la Cout. locale dudit lieu, tit. 3, art. 4, tit. 4, tit. 5.

coutumiers, les femmes n'ont point de dot, et les maris jouissent des biens qu'elles ont comme baillistres et gardiens (1)..., comme les père et mère jouissent des biens de leurs enfants quand ils ont accepté la garde noble ou bourgeoise (2). » C'est l'idée que nous avons longuement développée.

L'influence du droit romain l'emporta, et l'apport de la femme au mari, sous les différents régimes, fut qualifié de dot. Sous les régimes de communauté et d'exclusion de communauté, tous les biens de la femme étaient qualifiés dotaux ; en effet, ils étaient tous attribués au mari dans une certaine mesure. Il ne semble pas, au contraire, que les biens d'une femme séparée aient été appelés dotaux par tous nos anciens auteurs. C'est, à mon sens, parce qu'ils n'astreignaient pas tous la femme séparée à mettre aux mains du mari une portion de ses revenus.

« Quand une femme est mariée *et qu'elle est en la puissance du mari*, nous dit Choppin (3), tout ce qui a été à la femme appartient au mari à titre de dot. » D'après Choppin, qui suivait l'opinion de du Moulin, une femme n'était pas en la puissance du mari quand elle était séparée de biens ; ce sont donc les biens d'une femme séparée qui, au témoignage de Choppin, n'étaient pas dotaux : il est à croire que de son temps, le mari n'avait aucun droit sur ces biens.

Argou fait aussi une réserve pour la séparation de biens : c'est une preuve que, sous ce régime, la contribution de la femme était, selon lui, purement volontaire (4) : « En pays coutumiers, tous les biens de la

(1) LAURIÈRE, sur le n° 3, l. I, t. 4, des *Inst. cout.* de Loysel.

(2) *Glossaire*, au mot *douaire*.

(3) *De mor. Paris.*, l. II, 1, n° 33.

(4) ARGOU, *Inst. au dr. fr.*, l. III, ch. 8.

femme sont biens dotaux, et le mari en a la jouissance, soit qu'il y ait communauté ou non, pourvu qu'il n'y ait pas clause de séparation de biens dans le contrat de mariage. »

Seul Pothier nous dit sans distinguer : « C'est une maxime dans nos pays coutumiers, que tous les biens d'une femme sont réputés dotaux (4). » C'est que, d'après Pothier, la contribution de la femme séparée était obligatoire, imposée par la coutume.

III

Sachant maintenant comment le droit coutumier comprenait et réglementait l'apport de la femme au mari, il nous faut examiner rapidement ce qu'était devenue la dot romaine dans les pays de droit écrit.

On ne peut pas dire que le droit romain de la dot se maintint assez pur dans nos provinces méridionales, mais plutôt qu'il s'y reforma après avoir été un moment obscurci. Sur les biens de la femme, le mari romain n'acquerrait de droits que ceux qui lui étaient conférés par la constitution de dot : « Le principe essentiel du régime dotal, a dit M. Bufnoir, c'est que le mariage n'opère par lui-même aucune modification dans le pa-

(4) *Traité de la comm.*, n° 262. Cf. *Traité de la puiss. du mari*, n° 81, Guy COQUILLE aussi (*Cout. du Nivernais*, art. 18, ch. 23) déclarait dotaux tous les biens de la femme sans distinction, mais son témoignage me paraît avoir une moindre portée. « Quand il n'y a point de dot certaine constituée à la femme, tous les biens de la femme sont censés être baillés en dot. Ainsi dit Cicéron, au livre des Topiques, *in loco* « *ab effectis*, » et nous l'observons ainsi en France pour les provinces régies par les Coutumes. »

trimoine des époux, maintient séparés les biens du mari et ceux de la femme, non seulement quant à la propriété, mais aussi quant à l'administration et à la jouissance, ne confère au mari aucun droit sur ceux de sa femme, sauf les effets de la constitution de dot, objet d'un acte distinct et qui ne modifie pas le principe de séparation et d'indépendance des patrimoines, puisque dans le système romain pur, les biens dotaux passent dans le patrimoine du mari (1). »

Si nous en croyons M. Gide (2), ce principe fut quelque temps méconnu. Les lois barbares firent sentir leur influence dans les provinces méridionales, si bien que vers le x^e siècle, les intérêts des époux furent presque confondus ; la femme ne pouvait agir qu'avec le concours de son mari, et le mari avec le concours de sa femme. Le xii^e siècle fut enfin marqué par un retour au droit romain ; la distinction des biens de la femme en dotaux et paraphernaux fut rétablie, le mari ne tenant ses droits que de la constitution de dot, la femme ayant pleine indépendance quant à ses paraphernaux. La puissance maritale disparut, tandis que l'incapacité résultant du Velléen, et l'inaliénabilité de la dot, un instant supprimées, reprenaient leur importance première.

De cet obscurcissement passager du droit romain, une conséquence aurait cependant subsisté. Les droits que les lois barbares conféraient au mari sur les biens de sa femme, n'allaient jamais jusqu'à la propriété : or, d'après les interprètes qui, dans le droit de Justinien, refusent à la femme romaine la propriété des biens dotaux, c'est au contact du droit germanique, du droit coutumier, que le droit écrit reconnut la femme proprié-

(1) M. BUFNOIR, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1876, p. 167.

(2) *Condition privée de la femme*, p. 384-395, éd. Esmein.

taire de la dot. Plus tard, certains jurisconsultes, ignorant l'influence que le droit germanique avait quelque temps exercée dans les provinces méridionales, auraient cherché à justifier le droit de la femme par des textes empruntés à la législation de Justinien.

Si, d'une manière générale, le droit de la dot se maintint à peu près tel que nous l'avons décrit en droit romain, il subit cependant quelques modifications dans le ressort de certains parlements. Si nous en croyons Denisart, au mot *Dot*, dans plusieurs provinces régies par le droit écrit, quand il n'était pas fait de contrat de mariage, tous les biens que la femme avait en se mariant étaient réputés dotaux, bien que la convention ne leur eût pas donné ce caractère.

Sur ses paraphernaux, la femme avait conservé les droits les plus étendus qu'elle exerçait sans l'autorisation de son mari. Car, nous dit Argou, « dans les parlements de droit écrit, l'autorisation du mari est hors d'œuvre ; » mais, ajoutait-il, « à l'égard des pays de droit écrit du ressort du parlement de Paris, la femme ne peut contracter sans l'autorisation du mari, soit par rapport aux biens dotaux ou paraphernaux (1). » Quoique Argou semble exiger l'autorisation maritale pour tous les actes que la femme aurait voulu faire sur ses paraphernaux, elle n'était requise que pour les actes de disposition des paraphernaux ; la femme dotale était pour ses paraphernaux assimilée à une femme séparée de biens. Encore, l'assimilation n'était-elle pas complète :

(1) Livre III, ch. 8. L'incapacité de la femme n'existait donc pas dans les pays de droit écrit, sauf l'incapacité spéciale résultant du Velléen. Il faut noter que cette incapacité avait été détournée de sa portée première, et qu'on s'en servait pour rendre compte de l'inaliénabilité dotale. La dot n'était pas inaliénable à raison de son indisponibilité, mais par suite de l'incapacité de la femme.

jamais on ne songea à astreindre la femme dotale à mettre, dans une mesure quelconque, les revenus de ses paraphernaux entre les mains du mari.

Est-il besoin d'ajouter que, dans les pays de droit écrit, où la dot provenant de la femme était un apport réglé par la convention, la constitution de dot émanant d'un tiers n'était toujours, comme à Rome, qu'un apport qu'un tiers, au nom de la femme, effectuait au profit du mari ?

CHAPITRE II

DE LA DONATION FAITE PAR UN TIERS A UN FUTUR ÉPOUX

La femme parfois n'avait pas de biens auxquels le pouvoir du mari pût s'appliquer. Il faut, dans une législation bien faite, qu'une femme augmente les ressources de la famille et supporte sa part des charges du mariage ; chez les peuples où la dot n'est pas connue, les maris achètent leurs femmes et les tiennent dans un état de presque servitude. Quand une femme n'a pas de biens sur lesquels puissent s'asseoir les droits du mari, il faut que son père, ses proches ou quelque tiers généreux lui en fournissent.

Comment ce but sera-t-il atteint ? A Rome, où c'était par la convention que la femme investissait son mari de certains droits, le tiers qui voulait qu'elle n'entrât pas les mains vides dans la famille de son mari recourait au même moyen : au nom de la femme, et par convention, il conférait certains droits au mari.

En droit germanique, en droit barbare ou coutumier, l'idée ne serait pas venue de recourir à un semblable procédé. Pourquoi le tiers qui veut faciliter l'établissement d'une femme traiterait-il avec son mari, puisque la femme elle-même ne traite pas avec lui ? Qu'il donne à la femme directement, et par le seul fait du mariage, les biens donnés se trouveront affectés aux droits du mari. Il est d'autant plus logique d'adresser la libéralité

à la femme, qu'en réalité elle en est le principal bénéficiaire, les droits du mari devant se réduire à une simple jouissance temporaire.

Donc, la libéralité faite par le tiers s'arrête à la femme. Telle était bien le caractère du *faderfium* procuré à la femme par son père ou ses frères : le mari était étranger à cette donation ; tandis que les parents de la femme contrôlaient et agréaient la *dos* fournie par le mari et qui leur était primitivement payée, il n'apparaît pas que le mari fût admis à discuter la valeur du *faderfium*.

La femme mariée n'apporta d'abord à son mari que les biens qui lui étaient ainsi donnés. Plus tard, les causes d'acquisition se multiplièrent à son profit, et elle fut notamment admise à la succession de ses proches ; mais les biens qui lui étaient donnés à l'occasion de son mariage étaient compris sous une dénomination spéciale, quoiqu'ils ne fussent, ni plus ni moins que les autres, destinés à servir d'assiette aux droits du mari.

En droit coutumier, l'expression de *maritagium* sert à désigner ces biens et remplace le mot *faderfium*, depuis longtemps hors d'usage. C'est ce que nos anciens auteurs appelaient *mariage avenant* ou simplement *mariage*.

La donation faite à la femme à l'occasion de son mariage différait profondément de la constitution de dot adressée au mari par un tiers au nom de la femme. Cependant, quiconque n'analysait pas exactement ces deux opérations pouvait les croire identiques. Un examen superficiel de la dot romaine, surtout quand on n'en connaissait pas le fonctionnement premier, y faisait voir avant tout une donation faite à la femme ; et pour les droits conférés au mari, ne les retrouvait-on pas en droit coutumier, où la puissance du mari s'appliquait nécessairement au *mariage avenant* ? De là, à partir des

xv^e et xvi^e siècles, une tendance marquée à donner au *maritagium* le nom de dot. Si Loysel (1), au xvii^e siècle, disait encore : « Si le survivant mariant l'un de ses enfants lui donne *mariage avenant*, cette communauté (continué entre l'époux survivant et les enfants nés du mariage) se dissout pour son regard », du Moulin (2) avait écrit longtemps avant lui : « Quand le survivant marie sa fille et lui *baille dot*, c'est acte suffisant pour dissoudre la communauté. »

Dans cette nouvelle acception, et en tant qu'il désignait la donation faite à la femme à l'occasion de son mariage, l'emploi du mot dot rencontra quelque résistance; l'influence du droit romain en triompha. Comme l'apport de la femme au mari, la donation faite à la femme à l'occasion de son mariage fut qualifiée de constitution de dot, bien que ce fussent là deux opérations très différentes l'une de l'autre, et très différentes aussi de la constitution de dot du droit romain (3).

Le mot *dot* fut de telle façon reçu dans la pratique qu'on en vint à considérer que l'expression de *maritagium* l'avait indûment supplanté à une époque antérieure. C'est dans le *Glossaire* de Laurière, au mot *mariage d'une femme*, que nous en trouvons la preuve : « *Est dos uxoris quæ ab ea confertur marito nuptiarum causa. Dotem recentiores maritagium appellarunt.* La coutume de la Bourr (titre 9, art. 12) dit que la dot ou donation pour noces est vulgairement appelée *mariage*. » On estimait donc, allant à l'encontre de la vérité histo-

(1) *Instit. coutum.*, l. III, t. III, n° 11 (édit. Dupin, n° 388).

(2) *Coutume du Bourbonnais*, art. 170.

(3) L'apport de la femme au mari, consistant dans les droits dévolus au mari par l'effet du mariage, correspondait à la constitution de dot qu'une femme consentait elle-même; et la donation faite par un tiers à la femme, à la constitution de dot émanant d'un tiers.

rique, qu'une pratique récente s'était servie du mot *mariage* pour désigner la dot. On faisait dériver la dot coutumière de la dot romaine, dont la dénomination aurait été quelque temps abandonnée : on n'apercevait pas qu'à deux noms différents correspondaient deux institutions profondément distinctes.

Bien que cette idée fût parfois méconnue, elle n'en produisait pas moins ses conséquences pratiques : il demeure acquis que la constitution de dot du droit coutumier n'était qu'une donation faite à la femme; elle s'adressait à la femme et s'arrêtait à elle sans aller jusqu'au mari, alors même que le tiers donateur aurait arrêté avec lui le chiffre de la dot (1). C'est ce qu'exprime du Moulin en des termes qui nous dispenseront de plus longs détails : « *Quamvis iste donet respectu mulieris, tamen dando marito nihil proprie dat marito : non enim dat ut sit patrimonium viro, sed mulieri et pro oneribus matrimonii. Censetur nomine mulieris accipere... Ipsa mulier pro se viro dotem dedisse videtur... In dotem tradere censetur brevi manu, etiamsi donans immediate tradit viro. Et sic proprie maritus non habet causam ab hujusmodi donatore, sed ab uxore* (2). »

Ainsi réduite aux proportions d'une simple donation faite à un futur époux à l'occasion de son mariage, il semble évident que la constitution de dot pouvait s'adresser à un fils comme à une fille, au mari comme à la femme.

Cette proposition ne serait pas susceptible de contestation si la constitution de dot n'avait été qu'une dona-

(1) Tous nos anciens auteurs nous disent que la donation pour noces était faite à la femme, que la dot était baillée à la fille; nous sommes bien loin des formules du droit romain, suivant lesquelles la dot était constituée au mari « pro filia, » « mulieris nomine. »

(2) *Tract. de donat. in contract. matr. fact.*, n° 68.

tion soumise aux règles du droit commun. Mais c'était une donation particulièrement digne de faveur : elle méritait d'être facilitée, et sa stabilité devait être garantie. Dans ce but, on lui avait appliqué, à une époque que je ne chercherai pas à déterminer, certains effets des actes à titre onéreux que nous avons relevés dans la dot romaine. Voilà ce qui donnait à la constitution de dot sa physionomie propre : dès lors, la donation faite à un futur mari ne pouvait être qualifiée de constitution de dot que si elle bénéficiait de ces avantages.

Or, il faut reconnaître qu'il n'était pas question, dans l'ancien droit, de la dot du mari ; cette expression n'était pas employée pour désigner la donation qui lui était faite à l'occasion de son mariage. Nos anciens jurisconsultes n'appelaient ainsi que la donation faite à la femme ; imbus qu'ils étaient des idées romaines, ils voyaient dans la dot un ensemble de biens qui n'étaient pas seulement destinés à l'acquittement des charges du mariage, mais qui étaient dans ce but mis par la femme aux mains du mari. Dans la donation faite à la femme, ils apercevaient l'acte distinct, indépendant, qui devait en être la suite : la mise des biens donnés à la disposition du mari ; et c'était seulement le résultat de ces deux actes combinés qui formait, à leurs yeux, la constitution de dot.

Au contraire, il n'est peut-être pas téméraire de prétendre que l'expression de *mariage avenant*, à laquelle le mot *dot* avait été substitué, pouvait s'entendre d'une donation faite à un futur mari. La communauté continuée entre le survivant des époux et les enfants nés du mariage est dissoute vis-à-vis de la *fil*le à qui une *dot* est baillée, observait du Moulin ; mais Loysel disait, en termes différents, qu'elle était dissoute à l'égard de l'*enfant* à qui était fourni un *mariage avenant*. Et de fait, il

est incontestable que la communauté était dissoute à l'égard du fils auquel était faite une donation par contrat de mariage.

Personne ne niera donc que le mari, tout aussi bien que la femme, pût recevoir une donation à l'occasion de son mariage. Les donations faites aux futurs époux par contrat de mariage étaient soustraites de la même manière aux règles du droit commun, en ce sens qu'elles bénéficiaient des mêmes immunités de formes, de la dispense de l'insinuation, etc. Le nom de dot était réservé à la donation faite à la femme ; quant à la donation faite au mari, elle est souvent qualifiée de donation en faveur de mariage, par Domat en particulier. Mais est-on autorisé à dire que ces donations, qu'elles s'adressassent au mari ou à la femme, étaient des constitutions de dot, c'est-à-dire que l'époux donataire, à l'égal du mari à qui une dot était constituée en droit romain, devait être, à certains égards, traité comme un acquéreur à titre onéreux ? Il faut bien reconnaître que notre ancien droit n'est pas allé jusqu'à ce point. C'était seulement la donation faite à la femme, parce qu'elle parvenait au mari, et dans la mesure où elle lui profitait, qui était considérée comme résultant d'un acte à titre onéreux, et cela vis-à-vis du mari seulement (1). Par une étrange méconnaissance du caractère et du fonctionnement de la dot coutumière, nos anciens auteurs, imbus qu'ils étaient du droit romain, traitaient le mari comme l'ayant-cause direct du tiers qui avait fait donation à la femme ; et vis-à-vis de ce tiers, on le considérait comme un acquéreur

(1) Par imitation du droit romain, on considérait aussi comme onéreuse l'acquisition que le mari réalisait de plein droit sur les biens de la femme : cependant ce n'était pas de la convention qu'il tenait ses droits, et il était difficile de découvrir dans l'opération les éléments d'un acte à titre onéreux.

à titre onéreux. On reproduisait les règles et les formules romaines ; et Choppin, qui, dans toutes ces questions, suivait pourtant l'opinion de du Moulin, déclarait « la dot onéreuse au regard du père et du gendre, et lucrative à l'égard de la fille (1). » Du Moulin cependant avait nié formellement qu'il existât aucun rapport d'auteur à ayant-cause entre le constituant et le mari de la femme dotée.

Nos anciens auteurs étaient donc loin d'admettre la théorie qui a cours en droit moderne, et suivant laquelle l'époux donataire, mari ou femme, est, à certains égards, traité comme un ayant-cause à titre onéreux du constituant. Si notre ancien droit n'admit pas ce résultat, il faut reconnaître qu'il le prépara. La constitution de dot du droit coutumier, exactement analysée, se ramenait, quand un tiers y procédait, à une donation faite à la femme ; le constituant ne traitait aucunement avec le mari. Une donation identique pouvait directement être faite au mari. Ces libéralités, en augmentant les ressources de l'époux auquel elles s'adressaient, lui permettaient de contracter mariage, elles le déterminaient à assumer les charges du mariage. Or, n'était-ce pas là le motif pour lequel la constitution de dot adressée au mari par un tiers au nom de la femme avait reçu le caractère onéreux ? Le même caractère ne devait-il pas être imprimé à l'acquisition réalisée par l'époux donataire, mari ou femme ? C'est ce qu'admet la pratique moderne ; et si elle ne trouve pas un appui très ferme dans l'ancien droit, elle s'autorise des textes du Code, qui semble bien avoir voulu ce résultat (2).

(1) *De mor. Paris.*, l. II, t. III, n° 15.

(2) Nos anciens auteurs considèrent toujours la constitution de dot comme un acte intervenant entre le mari et le constituant, cela pour faire bénéficier le mari des avantages que lui accordait le droit romain.

Nous ne parcourrons pas les conséquences diverses que la pratique ancienne faisait découler des caractères onéreux de la constitution de dot; elles ne se produisaient, avons-nous dit, que vis-à-vis du mari. Nous éviterons ainsi de reproduire des solutions que l'ancien droit empruntait aux textes romains plus ou moins bien compris; mais en faisant l'exposé du droit actuel, nous aurons occasion de citer les décisions de notre ancienne jurisprudence.

Il est cependant une règle romaine qui n'avait pas passé en droit coutumier, la règle de l'irrévocabilité des constitutions de dot, malgré l'ingratitude de l'époux doté. C'est seulement pour rendre compte de cette solution divergente que nos anciens auteurs reconnaissent que le fonctionnement de la constitution de dot n'était pas le même qu'en droit romain. (RICARD, *Donat. entre vifs*, 3^e partie, nos 681-685.)



DROIT MODERNE

Sous le nom de constitution de dot, nous envisageons successivement l'apport fait par la femme à son mari, et la donation adressée par un tiers à un futur époux à l'occasion de son mariage. Nous les avons étudiés simultanément en droit romain, lorsqu'ils en formaient le seul et même acte. Si différents qu'ils soient devenus, ils présentent encore bien des points de contact et des effets communs : ils s'éclairent et se complètent l'un l'autre, et l'usage leur a conservé le même nom.

Un mari et une femme, sur le point d'entrer en ménage, sont dénués de toute fortune personnelle : leurs ascendants, leurs proches, des tiers généreux, leur font une donation, leur constituent une dot : c'est le premier sens de l'expression de la constitution de dot (1).

La famille est désormais à l'abri du besoin; mais il ne faut pas que chaque époux emploie à sa guise les biens qui lui ont été fournis; et comme ils pourraient ne pas s'entendre pour combiner leur action, il faut confier à l'un d'eux la charge de veiller aux intérêts pécuniaires

(1) Art. 1438 à 1440 et 1544 à 1548 C. civ.

de l'association conjugale : ce rôle ne peut appartenir qu'au mari. Les ressources de la famille devront, plus ou moins complètement, être réunies entre ses mains; à cet effet, la femme lui conférera sur ses propres biens certains droits, certains pouvoirs. C'est le second sens des mots constitution de dot (1).

Ce résultat sera atteint par le contrat de mariage, qui arrêtera les clauses d'un régime matrimonial (2). Le but du contrat est de fixer la contribution de la femme aux charges du mariage, de déterminer son apport au mari. On ne conçoit donc pas, de prime abord, qu'elle acquière sur la fortune du mari, par le jeu du régime matrimonial adopté, des droits correspondants à ceux qu'elle lui confère. C'est cependant là un résultat que le contrat de mariage peut produire, et qu'il produira le plus souvent. La loi, pour intéresser les deux époux à la prospérité du ménage, pour stimuler leur zèle, leur permet de créer une société alimentée par leurs acquisitions respectives : chaque époux est copropriétaire des biens compris dans cette société, et c'est ainsi que la femme acquiert, sur les biens que son mari a mis en communauté, le même droit de copropriété dont celui-ci est investi sur les biens qu'elle a rendus communs. Cette mise par chaque époux de certains biens dans la communauté a été quelquefois appelée constitution de dot. C'est une expression impropre que nous nous garderons d'employer, et nous nous en tiendrons aux deux sens que nous avons indiqués plus haut.

(1) Art. 1540 C. civ. Cf. art. 1537.

(2) Le mariage lui-même place bien la femme dans un état d'incapacité; mais, si l'incapacité de la femme ne lui permet pas de faire certains actes sur ses propres biens, il ne faut pas dire que le mariage transporte au mari des droits sur les biens de sa femme; c'est seulement sur sa personne que s'exerce la puissance maritale.

S'il nous fallait restreindre notre étude à une seule des deux opérations désignées sous ce nom, c'est à la donation faite par un tiers à un futur époux que nous nous attacherions. C'est surtout de cet acte qu'il est intéressant de déterminer la nature et de fixer les effets exacts : l'apport de la femme au mari présente des particularités très originales, mais il est plus facile d'assigner à l'acte par lequel il se réalise son véritable caractère.

Nous proposant de les étudier tous les deux, il pourrait paraître logique, ou du moins conforme à la succession des faits, d'envisager d'abord la donation qu'un futur époux a pu recevoir à l'occasion de son mariage, pour examiner ensuite les droits que la femme confère au mari sur les biens qu'elle a recueillis. Mais cet ordre ne s'impose pas, car les deux faits qui vont nous occuper ne sont pas nécessairement liés : on peut concevoir qu'une femme qui n'a reçu aucune donation transporte au mari certains droits sur des biens dont elle est propriétaire. C'est donc de l'apport fait par la femme à son mari que nous nous occuperons en premier lieu : il n'est, en effet, possible de déterminer la nature et les effets de la constitution de dot adressée par un tiers à la femme, que si l'on connaît, au préalable, la nature des droits que le mari va acquérir sur les biens donnés à sa femme. C'est d'ailleurs l'ordre qu'il nous a fallu adopter dans l'ancien droit pour la clarté de notre exposition.

CHAPITRE PREMIER

NATURE DES DROITS DU MARI SUR LES BIENS DE LA FEMME ET, EN GÉNÉRAL, DES DROITS ACQUIS A CHAQUE ÉPOUX PAR CONTRAT DE MARIAGE SUR LES BIENS DE SON CONJOINT

On dit généralement d'une femme qui, par contrat de mariage, transporte à son mari certains droits sur ses biens, qu'elle se les constitue en dot, qu'elle se dote. En ce sens, il est parfaitement exact d'observer qu'une femme peut seule être dotée ; le mari ne peut, comme la femme, limiter sa responsabilité des charges du mariage ; tous ses biens y sont toujours pleinement affectés. C'est la juste compensation des pouvoirs étendus que le mariage lui confère, et des droits dont le contrat de mariage l'investit sur les biens de sa femme.

Le contrat de mariage est, en effet, l'unique source, non pas des pouvoirs du mari comme chef de l'association conjugale, mais des droits qu'il acquiert sur la fortune de sa femme. Il ne reste plus rien ou presque rien de l'idée germanique qui a creusé un abîme entre la dot romaine et la dot coutumière. Les interprètes de notre ancien droit, qui faisaient reposer sur elle le régime des biens entre époux, allaient à l'encontre des faits et niaient l'évidence même. En tous cas, l'admission simultanée par le Code civil des régimes coutumiers, qui se rattachaient très indirectement à cette idée, et du ré-

gime dotal romain, qui en était la négation même, ne lui laissait plus place. Elle a disparu de notre législation, et le mari n'a d'autres droits sur les biens de sa femme que ceux qui lui ont été attribués par la convention.

Si c'est la règle du droit romain qui l'a emporté, la conséquence capitale qu'elle entraînait après elle est loin d'avoir prévalu. Quand les époux n'ont fait aucune convention, leurs patrimoines ne demeurent pas distincts : la paraphernalité n'est pas la règle pour leurs biens qui sont soumis à la communauté. Mais si la loi, dans le silence des parties, les répute mariées sous le régime de communauté, c'est par interprétation probable de leur volonté ; c'est toujours la convention des parties qui est censée avoir fixé le régime matrimonial sous lequel elles sont placées ; et pour employer une expression peut-être un peu dangereuse, mais qui rend assez bien compte des solutions de la loi, « la communauté légale n'est qu'une communauté conventionnelle tacite (1). » La paraphernalité n'est demeurée la règle que dans l'hypothèse où la femme a adopté le régime dotal romain : tous ses biens sont paraphernaux, à l'exception de ceux auxquels sa volonté expresse, ou présumée par la loi, a imprimé le caractère de dotalité.

(1) Cette formule est dangereuse, parce qu'il est certainement des cas où les époux se trouvent soumis à la communauté, alors qu'ils ont manifesté la volonté de l'écarter. — Cette idée, qui est due à Pothier, lui semblait à lui-même insuffisante pour déclarer que l'époux, qui faisait un bénéfice par suite du partage de la communauté, n'en était redevable qu'à son conjoint et ne tenait rien de la loi. Selon POTHIER (*Contr. de mariage*, n° 551), l'époux qui faisait une acquisition n'était traité comme donataire de son conjoint que si son bénéfice résultait de la confusion du mobilier et des dettes existant lors du mariage ; quant à l'avantage résultant de la confusion du mobilier et des dettes postérieurement advenus aux époux, il provenait de la loi. Aujourd'hui, et pour l'application des articles 1493 et 1527, cette distinction ne serait plus admise, et chaque époux est toujours redevable à son conjoint des bénéfices qu'il puise dans la communauté.

I

L'opération par laquelle une femme confère certains biens à son mari est sensiblement différente de celle par laquelle une femme romaine se dotait *de suo*. A Rome, la femme n'était pas tenue des charges du mariage, à l'origine au moins ; et l'acte par lequel elle constituait une dot au mari s'analysait comme il suit : la femme, par un avantage qu'elle procurait au mari, le déterminait à assumer les charges du mariage, dont il était seul tenu et dont elle devait profiter la première. Dans notre droit, la femme est indéfiniment tenue des charges du mariage, qui pèsent sur elle de la même manière que sur le mari (1). Comme c'est au mari qu'appartient la direction des intérêts du mariage, et que, sous son administration, les charges pourront en être

(1) Sans qu'on puisse nous opposer la disposition de l'article 214 C. civ., aux termes duquel le mari est tenu de fournir à la femme « tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie. » Ce n'est là que l'application de l'idée générale d'après laquelle, pendant le mariage, la *responsabilité* des charges qui en résultent pèse exclusivement sur le mari, tant qu'il y peut suffire, qu'il ait ou qu'il n'ait pas reçu de contribution de la femme. Quant à ces charges elles-mêmes, qui comprennent assurément l'entretien de chaque époux, elles pèsent également sur chacun d'eux ; car ils sont, de la même manière, tenus de « nourrir, entretenir et élever leurs enfants, » et l'obligation alimentaire, dont ils sont grevés l'un envers l'autre, est de tous points identique pour l'un et pour l'autre. Voilà pourquoi je n'admets pas que, dans notre droit, l'apport de la femme au mari soit l'équivalent des avantages que lui procure l'établissement par mariage. C'est un acte par lequel elle s'exonère des charges du mariage en général, et en particulier des frais de son entretien, tant que le mari y pourra suffire ; un acte par lequel elle l'amène, moyennant une contribution une fois fixée, à assumer l'intégralité des charges du mariage, ou plus exactement à se mettre, par le mariage même, dans une situation où la loi les lui impose exclusivement, n'eût-il même reçu de la femme aucune augmentation de ressources.

excessivement lourdes, la femme déclare par avance dans quelle mesure elle entend les supporter : elle limite sa responsabilité, elle fixe la contribution que le mari pourra exiger d'elle. Il ne faut pas considérer qu'elle se procure un établissement par mariage, mais qu'elle traite à forfait, et que, moyennant une somme une fois payée, une contribution fixée d'avance, elle s'exonère, pour la durée du mariage, des charges qui la grèvent.

En droit français, et, jusqu'à un certain point, en droit romain, nous nous trouvons en face d'un acte dont le caractère onéreux est visible ; mais voici la différence : la femme romaine s'est engagée à contribuer aux charges du mariage, dont elle n'était pas tenue ; elle est libérée dès qu'elle a fourni ce qu'elle a promis, et le mari ne peut rien exiger de plus. En droit français, la femme n'a pu, par une convention passée avec son mari, s'exonérer des charges qui la grèvent par le fait même du mariage ; une telle convention n'a d'effet qu'autant que le mari a des biens qui, avec la contribution payée par sa femme, lui permettent de pourvoir aux besoins de la famille : le jour où ses ressources sont insuffisantes, la femme est tenue d'y parer ; elle y est tenue sur tous ses biens, quel que soit le chiffre de la contribution fixé par le contrat de mariage, mais en laissant subsister le régime adopté, et en respectant, dans la mesure du possible, les stipulations du contrat.

Pour déterminer en quoi consiste l'apport de la femme au mari sous les différents régimes matrimoniaux, il n'est pas besoin de rechercher en détail quels droits et quels pouvoirs sont exactement dévolus au mari sur la

fortune de sa femme ; il suffit de fixer dans quelle mesure sont accrues les ressources mises à sa disposition. Voyons donc quelles acquisitions, soit de propriété, soit de jouissance, il peut réaliser par le contrat de mariage, par le jeu des régimes matrimoniaux.

Quand les époux stipulent un régime de communauté conventionnelle, ou se soumettent à la communauté légale, tous deux contribuent de la même manière à la formation des fonds communs. La mise en communauté des biens du mari et de la femme est d'abord une mise en société ; ce n'est pas à ce point de vue que ce régime nous intéresse, pour le moment du moins. Mais du chef de la femme, et tant que dure la communauté, la mise dans le fonds commun de certains biens sur lesquels le mari acquiert des droits, en qualité de chef de la communauté, constitue en même temps l'apport de la femme, sa contribution aux charges du mariage. A ce point de vue, les biens de la femme peuvent être rangés en deux classes : les uns qu'elle apporte en propriété, qu'elle fait absolument tomber en communauté ; les autres dont elle conserve la propriété, et dont elle ne met en communauté que la jouissance. On prétend d'ordinaire que sur les uns et sur les autres, les pouvoirs du mari dérivent de deux idées très différentes. Qu'y a-t-il de vrai dans cette opinion ?

Il faut dire, à mon sens, que le mari tient de la convention tous les droits qu'il acquiert sur les biens de la femme commune ; car, en ne stipulant pas la communauté, elle aurait pu ne pas les faire naître. Mais, dès que la communauté existe, le mari en est nécessairement le chef ; et nécessairement il est maître des biens et des droits que la femme y a fait tomber. En adoptant la communauté, les parties ne peuvent stipuler que le

mari n'en serait pas le maître. Tel est le sens de l'article 1388 C. civ. : « Les époux ne peuvent déroger aux droits qui appartiennent au mari comme chef. » Le mari, en tant que chef de la communauté, n'a pas un rôle et une fonction que celle-ci aurait pu ne pas lui confier; il tient ses pouvoirs de la loi. Mais gardons-nous de voir dans ce principe une conséquence de la règle ancienne, d'après laquelle le mari était, de plein droit, investi de pouvoirs sur les biens de sa femme; historiquement, c'est peut-être ainsi que s'explique la règle de l'article 1388, mais, rationnellement, elle se justifie tout autrement : comme l'a dit excellemment M. Colmet de Santerre : « La stipulation relative aux biens (tendant à retirer au mari la direction de la communauté) réagirait sur la *situation personnelle* des époux, et voilà pourquoi elle est prohibée (1). »

Des biens demeurés propres à la femme, le mari n'a que la jouissance et l'administration. J'ai dit qu'on faisait généralement dériver de sources différentes les droits du mari sur les biens communs, et ses pouvoirs sur les propres de la femme; il tiendrait les premiers de la loi, et les autres de la convention; c'est comme mandataire de la femme qu'il aurait l'administration et la jouissance des propres de celle-ci. Et voici la conséquence qu'on en tire : la convention des parties ne peut régler la condition des biens communs autrement que ne fait la loi, tandis que la femme est libre de ne pas conférer au mari, sur ses propres, les pouvoirs qui lui appartiennent de droit commun.

Cette distinction me semble être le résultat d'une analyse inexacte. Il importe de bien saisir la portée précise de l'article 1388. Dès que la communauté existe, le mari

(1) *Cours anal. de Code civil*, t. VI, p. 4, n° 5 bis, 1.

est nécessairement le chef des biens qui y sont compris ; mais les époux sont libres d'en exclure tous les biens que les règles de la communauté légale y font tomber. Tel bien qui, de sa nature, aurait dû être commun, sera déclaré propre ; tel bien dont la jouissance aurait dû être attribuée à la communauté en qualité de propre peut être totalement soustrait par la femme aux pouvoirs du mari. De la part du mari, une semblable stipulation serait, à mon sens, possible ; mais elle aboutirait seulement à exclure de la communauté les revenus de tels et tels biens : ces biens eux-mêmes, et leurs revenus, demeurerait le gage des créanciers de la communauté, sauf paiement d'une récompense. Je prétends qu'à l'égard des biens auxquels la convention n'a même pas laissé le caractère du propre de communauté, il n'y a en aucune façon communauté, et qu'ils sont soumis à un autre régime (1). Rien ne s'oppose à ce qu'il en soit ainsi : parallèlement à la communauté et pour les biens auxquels elle ne s'applique pas, fonctionnera un autre régime, le plus souvent la séparation. Si la femme s'est réservé seulement l'administration des biens exclus de la communauté, elle est censée avoir

(1) La question de la combinaison des régimes matrimoniaux est double. Les époux peuvent-ils stipuler plusieurs régimes différents qui s'appliquent divisément à différentes catégories de biens ? L'affirmative me paraît certaine : dans ce cas, il y a plutôt juxtaposition que combinaison de plusieurs régimes. Mais les époux peuvent-ils appliquer cumulativement à un même bien les règles de plusieurs régimes différents ? C'est bien plus douteux, et l'affirmative n'est acceptable que si les conséquences de ces régimes différents ne sont pas contradictoires. La Cour de cassation est peut-être bien hardie quand elle déclare que la femme peut se réserver l'administration et la jouissance de ses biens dotaux ; ce qui revient à dire que des biens, qui ne sont en aucune manière confiés au mari, des paraphernaux, peuvent être frappés d'inaliénabilité. (Cass., 17 févr. 1886 : S. 1886, I, 161.) La Cour de cassation ne va-t-elle pas jusqu'à valider une convention par laquelle le mari arrive à frapper ses propres biens d'inaliénabilité ! (S. 1887, I, 401.)

stipulé la séparation, avec obligation de verser aux mains du mari la totalité de ses revenus ; si c'est la jouissance seule qu'elle s'est ménagée, elle est dans la situation d'une femme séparée qui, par contrat, a confié au mari l'administration de sa fortune. Le régime dotal, le régime d'exclusion de communauté, peuvent aussi être stipulés, bien qu'on n'en conçoive guère l'utilité.

Il reste donc acquis qu'une femme ne peut priver le mari, chef de la communauté, des droits qui lui appartiennent sur ses propres : mais elle peut ôter à des biens le caractère de propres qu'ils devraient avoir. En ce sens, il serait tout aussi exact de dire qu'une femme peut ôter au mari les droits qui lui appartiennent comme chef sur les biens communs, puisqu'elle peut par contrat en faire des propres, et même les soustraire totalement à la communauté. Mais dès qu'un bien, de par le contrat de mariage, fait partie de la communauté, ne fût-ce qu'en jouissance et à titre de propre, le mari en est nécessairement le chef, en ce sens que les droits tombés dans la communauté ne peuvent être exercés que par lui. Il est donc vrai de dire avec M. Colmet de Santerre : « L'administration de la communauté comprend celle des biens personnels de la femme, qui y tombent au moins quant à la jouissance,... Le mari, *comme chef de la communauté*, a l'usufruit des propres de la femme, et, par conséquent, l'administration de ses biens (1). »

L'apport de la femme sous le régime d'exclusion de communauté et sous le régime dotal est sensiblement le même : il consiste dans une simple jouissance. Mais

(1) *Cours anal. de Code civil*, t. VI, n° 74, p. 460. Nous sommes donc bien loin de l'opinion de Pothier, qui rattachait à la puissance maritale les pouvoirs du mari sur les propres de la femme.

dans le régime d'exclusion de communauté, le mari acquiert la jouissance de tous les biens que la femme ne s'est pas expressément réservés, tandis que dans le régime dotal, la paraphernalité est demeurée la règle, et la jouissance du mari se limite aux biens qui y ont été spécialement affectés. Les pouvoirs du mari sont d'ailleurs plus étendus sous le régime dotal, et, par contre, les sûretés données à la femme bien plus grandes, et presque excessives (*Add.* art. 1534 et 1549.)

La situation de la femme séparée est presque identique à celle d'une femme dotale, quant à ses paraphernaux. Les biens de la femme séparée, comme les paraphernaux, ne sont pour le mari l'objet d'aucune acquisition : la jouissance et l'administration en sont conservées à la femme, qui ne se dépouille de rien, qui ne transporte aucun droit à son mari (1). Le plus souvent, la

(1) La femme séparée (et la femme dotale quant à ses paraphernaux) peut procéder sur ses biens aux actes d'administration sans l'autorisation de son mari. Il serait inexact, pour expliquer ce fait, d'invoquer la prétendue autorisation générale contenue au contrat de mariage que nos anciens auteurs faisaient intervenir à tort. La véritable explication a été mise en lumière : le mariage n'enlève pas à la femme la capacité de procéder aux actes d'administration ; leur importance est trop minime pour que le fait d'y procéder sans autorisation soit une méconnaissance de la puissance maritale sur la personne de la femme. Le contrat de mariage a pu transporter au mari le pouvoir d'administrer les biens de sa femme, si bien que la capacité de celle-ci n'a pas l'occasion de se manifester. Mais quand la femme s'est réservé l'administration de ses biens, elle l'exerce seule, en vertu d'une capacité qu'elle ne perd jamais, et que dès lors il n'y a pas lieu de lui conférer. Ainsi, la capacité de la femme est mise en dehors des conventions : sauf toutefois l'incapacité d'une nature toute spéciale dont l'adoption du régime dotal la frappe, au moins dans une certaine manière de comprendre l'inaliénabilité dotale.

Les actes qui excèdent l'administration, et notamment les actes de disposition, nécessitent, au contraire, l'autorisation du mari : la femme séparée qui y procéderait seule méconnaîtrait la puissance maritale, qui est indépendante du régime des biens entre les époux. Voilà pourquoi la femme dotale, quant à ses paraphernaux, est, à cet égard, assimilée à la femme séparée ; c'était d'ailleurs la situation qui lui était déjà faite dans les pays de droit écrit du ressort du parlement de Paris.

convention fixera une certaine somme que la femme prélèvera annuellement sur ses revenus et versera aux mains du mari. Cette contribution est si équitable que, dans le silence des parties, la loi fixe à un tiers du revenu de la femme la somme qu'elle devra fournir à son mari. Semblable obligation était déjà imposée par Pothier à la femme séparée, sauf qu'il laissait au juge la détermination du chiffre de la contribution. La femme mariée sous le régime dotal, quand elle n'a que des paraphernaux, est mise par la loi dans la même situation que la femme séparée : c'est là une innovation, car semblable pratique ne s'était même pas introduite dans les pays de droit écrit du ressort du parlement de Paris.

La loi impose à la femme séparée une contribution égale au tiers de ses revenus : gardons-nous de voir dans cette disposition un reste de l'ancien principe d'après lequel la loi investissait le mari de certains droits sur les biens de la femme ; n'allons pas dire que, de par la loi, le mari aura toujours au moins le tiers du revenu total de la femme. D'abord, à supposer que la femme eût des biens dotaux dont le revenu n'atteignît pas le tiers du revenu de sa fortune totale, je n'admettrais pas qu'elle pût être tenue d'une contribution quelconque sur ses paraphernaux : l'article 1575 ne se prête à aucune extension. Mais il y a plus : à lire attentivement les articles 1537 et 1575 C. civ., on acquiert la certitude que c'est à défaut de convention fixant la contribution de la femme, que la loi, par interprétation probable de la volonté des parties, arrête le chiffre de cette contribution. Une stipulation expresse peut donc en exonérer la femme (1). Voilà justement pourquoi, quand un bien d'une valeur dérisoire a été frappé de

(1) LAURENT, *Principes de Code civil*, t. XXIII, n° 450.

dotalité, j'estime que les paraphernaux ne sont tenus à rien : dans ce cas, en effet, il y a dans le contrat « une convention relative aux charges du mariage » (1537) : libres de supprimer ou plutôt de ne pas faire naître l'obligation de la femme, les époux peuvent la réduire à une quotité infime.

Tel est, sous les différents régimes matrimoniaux, l'apport de la femme au mari. Sommes-nous autorisé à dire que sous tous ces régimes il y a une dot ? Il y a lieu de distinguer : tous ces régimes comportent une dot, mais n'en impliquent pas nécessairement une. Sous les régimes de communauté et d'exclusion de communauté, il y a nécessairement une dot, et même tous les biens de la femme sont dotaux ; sous le régime de séparation et le régime dotal, ils sont seulement susceptibles d'être dotaux. Sous le régime dotal d'abord, si la dotalité a été imprimée à certains biens, aucune contribution n'est due sur les paraphernaux, qu'on ne peut dès lors qualifier de dotaux au sens coutumier du mot. Mais quand la jouissance des biens d'une femme séparée, ou des paraphernaux d'une femme dotale, est partiellement assurée au mari par une convention expresse ou par les conventions tacites prévues aux articles 1537 et 1575, y a-t-il alors une dot ? Oui, à mon sens. D'abord, c'est de tradition. En outre, pourquoi refuser à l'apport de la femme le nom de dot ? Objectera-t-on que le mari n'a droit qu'à la jouissance partielle des biens de la femme ? Mais alors il n'y aurait pas dot non plus sous le régime sans communauté et le régime dotal, quand la femme est autorisée à toucher, pour son entretien ou ses besoins personnels, certaines portions des revenus des biens dont la jouissance appartient au mari à titre de dot. (1534 et 1549 C. civ.) Si l'on observe qu'en pareil cas le mari a au moins l'administration de la fortune de la

femme, je répondrai que le droit d'administrer n'a pas par lui même d'intérêt, et qu'il emprunte sa valeur au droit de jouissance, en ce sens qu'il permet, par l'entretien et l'aménagement de la chose, de préparer la production des fruits. Dès que le mari est assuré qu'une portion des revenus de la femme seront versés entre ses mains, il a la jouissance partielle des biens de celle-ci (1); il y a une dot.

C'est assez dire que la femme séparée ne peut prétendre payer directement aux créanciers du mariage la somme qu'elle a promise au mari; elle ne peut même se réserver cette faculté par convention (2). Il y aurait là une méconnaissance de la puissance maritale, et, à mon sens, une violation des droits qui appartiennent au mari comme chef, une méconnaissance des pouvoirs du mari sur la personne même de la femme. D'ordinaire, on ne fait pas intervenir dans ce débat l'art. 1388 C. civ.; je crois qu'il y a sa place et qu'il ne faut pas le limiter au régime de communauté. Mais la femme, qui aurait pu se dispenser de toute contribution, pourrait, selon moi, en se réservant la jouissance intégrale de ses biens, décider qu'elle paiera directement certains créanciers, qu'elle supportera personnellement certaines charges du mariage

(1) La perception des fruits ne doit pas être confondue avec la jouissance; ce n'est qu'un acte d'administration.

(2) Un jugement du tribunal de la Seine, du 13 février 1807, qui avait admis l'opinion contraire, fut confirmé par la Cour de Paris; mais l'arrêt fut cassé conformément aux conclusions de Merlin. Le tribunal et la Cour s'étaient fondés sur l'idée que nous avons rencontrée dans l'ancien droit, suivant laquelle la femme séparée n'était plus, quant à ses biens, en la puissance du mari, sauf quand il s'agissait des actes de disposition. Nous avons dit que, dans notre droit, si le mari n'a de pouvoirs sur les biens de la femme qu'en vertu de la convention, il est investi par le mariage de la puissance maritale sur la personne de la femme, et que cette puissance s'oppose à ce que cette dernière fasse elle-même, quant à ses biens, des actes d'une importance telle qu'ils régiraient sur la situation personnelle des époux.

désignées par le contrat. N'est-ce pas, en définitive, ce qu'autorisent les articles 1534 et 1549, lorsqu'ils permettent à la femme de toucher une partie de ses revenus pour les affecter à une des charges du mariage, à son entretien personnel? Il y a là une stipulation très différente de celle qui permettrait à la femme de payer les créanciers qu'elle voudrait avec les sommes qui représentent sa contribution.

Quand la femme s'est expressément déchargée de toute contribution aux dépenses de la famille, tant que le mari pourrait y parer, il n'y a manifestement pas de dot. Sans doute, elle n'a pu s'exonérer des charges mêmes du mariage, qui pèsent éventuellement sur elle et qui la grèveront exclusivement si le mari meurt ou devient insolvable. Mais c'est là une obligation au-dessus des conventions, qui dérive du mariage et non du régime matrimonial, et dont elle est grevée vis-à-vis de la famille tout entière et non vis-à-vis du mari. Quand celui-ci, à bout de ressources, sommerait la femme de pourvoir aux besoins du ménage, il n'invoquera pas un droit qui lui soit propre, mais agira comme représentant de la famille. Nous n'avons pas là les éléments d'une dot, d'un apport de la femme au mari.

En résumé, c'est toujours la convention qui met aux mains du mari tout ou partie des biens de la femme. Mais tantôt la loi décrit d'avance les droits que confère au mari l'adoption d'un certain régime, et ne permet pas d'altérer ou de modifier les droits qu'il acquiert sur les biens soumis à ce régime (1) : on dit alors de la femme qu'elle s'est volontairement placée dans une

(1) Ainsi en est-il sous le régime de communauté pour tous les biens qui en font partie à titre de biens de communauté ou de propres d'un époux.

situation où ses biens sont, de par la loi, frappés de certains droits au profit du mari. Tantôt la femme confère au mari des droits susceptibles de modifications diverses : on dit alors que les pouvoirs du mari s'expliquent par un mandat. Il faut entendre cette idée avec précaution : ce mandat ne peut être révoqué expressément ; et la femme ne peut plus exercer elle-même les droits qu'elle a donné au mari pouvoir d'exercer. S'il en était autrement, le but du contrat de mariage, qui est destiné à confier au mari les intérêts de la famille, se trouverait manqué. C'est seulement en qualité de mandataire du mari que la femme peut faire, sur ses propres biens, les actes qu'elle s'est retiré le pouvoir d'accomplir.

En fait, la distinction suivant laquelle le mari, chef de l'association conjugale, tient ses pouvoirs, soit de la loi, soit d'un mandat de la femme, est plus artificielle que sérieuse ; elle me semble être un reste de l'idée qui servait à les expliquer dans l'ancien droit. Si l'on va au fond des choses, on voit que le mari tient toujours ses droits de la femme. Et quel est le rôle de la loi ? Quand elle déclare que le mari est nécessairement le chef de la communauté formée par les époux, elle s'oppose simplement à ce que la femme, sur les biens par elle mis en communauté, se réserve les pouvoirs qu'un autre régime lui aurait conservés sur sa fortune. Tout se ramène à une question de combinaison des différents régimes matrimoniaux.

L'acte qui intervient entre les époux est certainement un acte à titre onéreux : la femme s'exonère des charges que le mariage va lui imposer, et le mari, moyennant un apport convenu, les prend exclusivement sur lui.

Cet acte est, de sa nature, à titre onéreux ; ce n'est pas un acte à titre gratuit auquel on aurait attaché quelques

conséquences d'un acte à titre onéreux ; il produit tous les effets que sa nature comporte. Ce n'est pas ici le lieu de les indiquer : mais, en faisant connaître les effets de la constitution de dot en tant que donation d'un tiers à l'un des futurs époux, il ne sera pas inutile d'en rapprocher les effets de l'acte par lequel se réalise l'apport de la femme au mari.

II

J'ai déjà mentionné que les effets du régime de communauté dépassaient singulièrement les effets habituels des régimes matrimoniaux. Ils se bornent généralement à régler l'apport de la femme au mari en vue des charges du mariage ; or, par le jeu de la communauté, chaque époux est investi d'un droit de copropriété sur certains biens de son conjoint (4).

Si l'acquisition réalisée par chaque époux sur les biens de son conjoint doit être traitée comme onéreuse, cette décision ne peut assurément pas se justifier par l'idée des charges du mariage ; l'acquisition de chaque

(4) Le contrat de mariage ayant pour but de concentrer les ressources du ménage entre les mains d'un seul des époux, son but serait manqué, si la femme acquérait sur les biens du mari des droits correspondant à ceux qu'elle lui confère sur les siens. Montesquieu a dit que « les femmes étant, par leur état, assez portées au mariage, les gains que la loi leur donne sur les biens de leur mari sont inutiles. » (*Esprit des lois*, l. VII, ch. 13.) Cette remarque peut être très judicieuse, mais la loi ne s'inspire pas de considérations de ce genre. Si elle attribue aux maris des droits sur les biens de leurs femmes, c'est parce qu'en échange, ils assumeront des charges et des responsabilités spéciales ; ce n'est pas parce que les hommes ont besoin d'un stimulant au mariage. La donation provenant d'un tiers, au contraire, est considérée comme étant de nature à déterminer au mariage ; mais notre loi la regarde comme telle, qu'elle s'adresse au mari ou à la femme.

époux n'est pas le résultat du règlement intervenu à l'occasion de ces charges. Le bénéfice fait par la femme n'est point compensé par les charges du mariage, puisqu'elle en est précisément exonérée; et l'acquisition réalisée par le mari excède le fardeau qu'il a assumé. Il s'est engagé à répondre des dettes du mariage, et, de la part de la femme, une contribution en jouissance est la compensation suffisante de l'obligation qu'il a contractée; une contribution en propriété excéderait ce que doit la femme. A l'origine du droit romain, on pouvait dire avec vérité que l'attribution définitive de la dot au mari était la compensation des charges qu'il assumait : la femme pouvait reconnaître, par une attribution de propriété, l'avantage qui lui était procuré, un établissement par mariage. Mais, dans notre droit, le mari prend seulement sur lui des charges qui grèvent également et sa femme et lui; l'obligation qui lui incombe est limitée, et cessera avec le mariage ou quand il n'aura plus de ressources. Alors, la femme devra pourvoir elle-même aux dépenses dont elle avait été temporairement déchargée. Elle n'a donc pu faire une abdication définitive de droits en échange d'un avantage provisoire et fragile.

Aussi bien, l'idée des charges du mariage n'a-t-elle rien à faire avec le caractère onéreux qu'il faut reconnaître aux acquisitions réalisées par chaque époux dans la communauté. Mais la communauté est une société, un contrat à titre onéreux ; chaque époux, quand il verse des biens dans la communauté, fait un apport en société, et les bénéfices qu'il recueille sont le résultat du partage de la société. Les aliénations et les acquisitions de chaque époux sont par là même onéreuses. Envisagée sous cet aspect, la communauté nous éloigne singulièrement de l'apport de la femme au mari, de la dot. Toute-

fois, tant que la communauté dure, les biens que la femme y a mis représentent son apport, sa dot, et les droits du mari lui sont acquis à titre onéreux à raison des charges du mariage : ce sont seulement les droits acquis à la femme sur les biens du mari et les droits que le mari obtient, à la dissolution du mariage, sur les biens mis par la femme en communauté, qui empruntent à l'idée d'une société les effets d'une acquisition à titre onéreux. Mais il faut reconnaître que, dans le régime de communauté, l'apport de la femme au mari, et la mise en société par l'un et l'autre époux, sont deux actes à titre onéreux dont les effets sont à peu près identiques : pour tous deux, la garantie d'éviction est due dans les mêmes cas exceptionnels et de la même manière. Nous verrons en outre que les intérêts de l'apport promis par la femme et non effectué sont dus de plein droit : or, il y a lieu également de plein droit au cours des intérêts quand un des conjoints n'a pas mis en communauté un bien qu'il avait promis d'apporter, car, de ce chef, il doit récompense, et les intérêts des récompenses courent de plein droit du jour de la dissolution de la communauté. Voici cependant une différence entre les effets de ces deux opérations : jamais l'acte par lequel s'effectue l'apport de la femme au mari, en vue des charges du mariage, n'est considéré par la loi comme procurant au mari un bénéfice supérieur à celui que la femme se ménage en retour ; la loi le traite toujours, et à tous égards, comme un acte à titre onéreux. Au contraire, les apports respectifs de chaque époux à la communauté peuvent être tellement inégaux, qu'en certaines hypothèses, le partage par moitié des fonds communs entraîne au profit d'un des deux conjoints une véritable libéralité ; la loi méconnaît parfois le caractère onéreux de l'acte, et le traite comme une donation, quand l'intérêt de certaines personnes,

dignes d'une faveur particulière, le commande ainsi, Les bénéfices résultant du partage de la communauté peuvent être sujets à réduction (art. 1496 et 1527 C. civ.).

III

Les acquisitions réalisées par un époux sur les biens de son conjoint ne peuvent emprunter le caractère onéreux qu'à l'une des deux circonstances suivantes : il s'agit d'une mise en communauté ; il y a apport de la femme au mari. Toutes les autres acquisitions qui pourront avoir lieu entre les époux seront forcément gratuites. Je fais allusion aux libéralités qui sont contenues dans le contrat de mariage, mais qui, à la différence des acquisitions qui nous ont occupé jusqu'ici, ne dérivent pas du jeu d'un régime matrimonial.

La donation entre futurs époux par contrat de mariage va nous servir de transition entre l'apport de la femme au mari et la donation faite par un tiers à un futur époux. Rien n'autorise à y voir, dans une mesure quelconque, un acte à titre onéreux, et son nom même protesterait contre le caractère onéreux qu'on voudrait lui reconnaître. Cependant, de telles donations méritent la faveur de la loi, car elles aident puissamment aux mariages. Je ne fais pas allusion aux calculs égoïstes de conjoints intéressés ; la loi ne doit pas les reconnaître et encore moins les respecter. Mais n'est-il pas légitime qu'une femme sans fortune, épousant un homme qui a des enfants nés d'un premier lit et riches de la fortune de leur mère, exige qu'il lui soit fait une donation pour diminuer, dans la mesure du possible, l'inégalité qui existera, entre les enfants nés du même père, de deux ma-

riages successifs? Ou bien une femme ne consentira à un brillant mariage que si la mort de son mari ne doit pas la replacer dans la situation d'où ce mariage l'avait fait sortir. L'affection maternelle, le souci de la dignité personnelle, conseillent souvent d'exiger une donation par contrat de mariage; et pour ce motif, la loi encourage et facilite ces donations, en les dégageant des formalités gênantes qui entravent les donations ordinaires.

Mais la loi ne fait rien de plus. Nous étudierons bientôt les donations faites par un tiers à un futur conjoint, et nous constaterons que la loi leur fait produire certains effets des actes à titre onéreux; la tradition ni les textes du Code n'autorisent à attacher de semblables conséquences aux donations entre futurs époux. Comme nous l'indiquerons, c'est à raison des charges du mariage, dont elle serait l'équivalent et la compensation, que la donation provenant d'un tiers produit les effets d'un acte à titre onéreux. Nous aurons bien quelque peine à découvrir dans l'opération, ainsi comprise, les éléments d'un acte à titre onéreux; mais la loi est formelle, et ses décisions ne peuvent être écartées. Cela étant, on peut se demander si, logiquement, puisqu'elle procédait d'autorité, la loi n'aurait pas dû attacher aux donations entre futurs époux les mêmes effets onéreux. J'ajoute aussitôt, pour dissiper toute équivoque, qu'elle ne l'a certainement pas fait.

Voici sans doute l'idée à laquelle elle a obéi, l'illusion à laquelle elle a cédé. La donation qu'un tiers fait à un futur époux est éminemment propre à le décider au mariage; elle lui procure des ressources et le met à l'abri du besoin. La donation faite par l'un des futurs époux à l'autre n'est qu'un simple déplacement de valeurs qui n'améliore pas la situation de la famille. Tant que le mariage dure, qu'importe que tel époux soit

riche plutôt que tel autre, puisque tous deux sont tenus des charges du mariage, l'un à défaut de l'autre ? Quand le mariage est dissous, a-t-on en vue l'intérêt des enfants ? Que leur importe de trouver certains biens dans la succession de leur père ou dans celle de leur mère ? S'agit-il de l'intérêt du survivant, les charges qui le grèvent consistent dans l'éducation des enfants ; mais ceux-ci ont recueilli dans la succession du prédécédé les biens que le survivant aurait encore s'il ne les avait pas donnés à son conjoint ; ayant une fortune personnelle, ils ne sont pas à la charge du survivant des époux.

Il est d'autant plus légitime de prêter ces raisonnements au législateur qu'ils lui sont familiers ; la loi tient d'ordinaire pour indifférent qu'un conjoint ait des biens plutôt que l'autre, mais généralement elle s'écarte de cette idée, quand elle est en présence d'enfants nés de lits différents (art. 1496 et 1527 C. civ.). C'est ce qu'elle néglige de faire ici, et c'est à tort. Mais il y a plus : un époux qui, à l'occasion de son mariage, a reçu donation d'un tiers, exerce vis-à-vis du donateur certains droits d'un acquéreur à titre onéreux, alors même que le mariage serait dissous, et qu'il n'en subsisterait aucune charge ; le fait seul d'avoir consenti au mariage constitue, pour ainsi parler, l'époux donataire acquéreur à titre onéreux des biens qui lui sont acquis. A l'égal de celui qui a été doté par un tiers, l'époux donataire de son conjoint devrait donc être traité comme un acquéreur à titre onéreux, et voir ses droits particulièrement affermis, non seulement quand le donateur a des enfants d'un autre lit qui recueilleront une partie des biens donnés, au détriment des enfants nés du mariage, si la donation n'est pas maintenue ou n'est pas exactement exécutée ; mais encore par cela seul qu'il peut, à

la dissolution du mariage, être replacé dans la situation d'où l'avait fait sortir une union à laquelle une donation l'avait déterminé.

Quelle que soit la valeur de cette argumentation, la loi est certaine; il n'est accordé aux donations entre futurs conjoints d'autre faveur que certaines immunités de formes. Jamais, à ma connaissance, on ne leur a attribué les effets d'un acte à titre onéreux reconnus à la constitution de dot émanant d'un tiers. Tout au plus pourrait-on soutenir qu'elles ne sont pas révocables pour ingratitude, parce que l'article 959 C. civ. soustrait à la révocation les donations en faveur de mariage. Tel n'est pas mon avis. Pendant longtemps les auteurs ont déploré, de très bonne foi, de ne pouvoir excepter les donations entre époux de la règle de l'art. 959. Vainement cherchaient-ils au moins à faire tomber ces donations sous le coup de l'article 299 C. civ.; la plupart des interprètes déclaraient ce texte, écrit en matière de divorce, inapplicable à la séparation de corps. Aujourd'hui, on n'applique plus l'art. 959 aux donations entre futurs époux. Ce texte rentre par sa nature dans une série de dispositions qui tendent à assurer le maintien des donations par contrat de mariage; or, nous avons constaté que la loi facilitait la formation des donations entre futurs époux, mais qu'elle ne garantissait pas leur conservation. Il serait d'autant plus choquant d'avoir fait une exception pour la révocation à raison de l'ingratitude, que c'est la seule cause de caducité qu'il dépende du donataire d'éviter : ajoutez que l'ingratitude envers un donateur, toujours blâmable, est particulièrement odieuse entre époux. Cette cause de révocation des donations devait cependant être écartée quand la donation émanait d'un tiers, afin que le conjoint du donataire ingrat ne fût pas, avec la famille,

privé de ressources sur lesquelles il était en droit de compter : ce motif est sans valeur dans notre espèce, puisque ce qui est retiré à l'un des époux est rendu à l'autre.

L'ancien droit et l'histoire de la rédaction de notre texte confirment notre manière de voir (1). L'opinion dominante soumettait les donations par contrat de mariage à la révocation pour ingratitude ; quelques interprètes proposaient de les y soustraire *quand elles provenaient d'un tiers*. C'est à cette réclamation que l'article 959 est venu donner satisfaction : témoin la rédaction qu'avait arrêtée la commission de l'an VIII : lorsqu'il y avait des enfants du mariage, l'irrévocabilité était établie ; en l'absence d'enfants, « la révocation avait lieu à l'égard du donataire, mais sans préjudice des droits résultant du contrat de mariage en faveur de l'autre époux. » Le conseil d'Etat supprima toutes ces réserves et proclama l'irrévocabilité absolue ; mais il n'entendait régler que le sort des donations faites par un tiers, car elles avaient seules été l'objet des préoccupations du législateur. La preuve en est dans ces paroles de Bigot-Préameneu : « Les donations en faveur

(1) BOURJON (*Traité des don.*, 6^e partie ch. 1^{er}, n^{os} 2 et 3), DENISART (*Révocab. des don.*, n^{os} 13 et suiv.), soumettaient les donations entre futurs époux à la révocation pour ingratitude. — La plupart des interprètes y soumettaient les donations faites à un futur époux, quand toutefois le contrat de mariage n'avait pas conféré des droits à des tiers, en cas, par exemple, de donation à charge de fidéicommis. (V. BOURJON, *loc. cit.* ; POTHIER, *Donations entre vifs*, sect. 3, art. 3, § 3 ; LAURIÈRE, *Inst. contr.*, ch. 4, n^{os} 90-112 ; RICARD, *Donat. entre vifs*, 3^e part., n^{os} 681-685 ; en sens contraire, EXPILLY, *Arrest*, ch. 126 ; ROUSSEAU-LACOMBE, au mot *don.*, 2^e part, sect. 3, n^o 3). — Roussilhe, qui nous fait connaître le droit écrit, explique en détail (*Traité de la dot.*, ch. 5, § 5, n^o 116) que la femme coupable d'ingratitude voit la donation révoquée, mais que le droit de jouissance du mari est respecté ; à l'inverse, l'ingratitude du mari le prive des intérêts et fruits de la dot pendant que le mariage dure, sans que les droits de la femme soient entamés.

de mariage ont aussi pour objet les enfants à naître, et ils ne doivent pas être victimes de l'ingratitude du donataire. »

Si la nature purement gratuite des donations entre futurs époux par contrat de mariage n'est pas contestée en principe, elle a paru susceptible d'être mise en doute quand ces donations étaient réciproques (1). On n'aperçoit pas de prime abord quelle influence peut avoir cette particularité, surtout si l'on suppose des donations réciproques ordinaires. C'est plutôt dans l'hypothèse de donations réciproques à titre de gain de survie qu'il faut raisonner ; on est alors en présence de deux donations conditionnelles dont une seule sera exécutée, car l'arrivée de la condition mise à l'une entraîne par le fait même la défaillance de la condition qui est apposée à l'autre. Ces deux donations pourraient donc se résumer en un acte unique, en une sorte de contrat aléatoire, forcément à titre onéreux. Cette façon d'analyser l'opération, ou, tout au contraire, de réunir en une opération unique deux actes distincts et complets, est juridiquement tout à fait fausse ; il n'y a rien moins dans un pareil raisonnement qu'une confusion entre la cause et le motif des actes juridiques. Nous sommes en présence de deux donations, actes parfaits et qui se suffisent à eux-mêmes ; la cause de chacun d'eux est l'intention généreuse des donateurs respectifs. Qu'en fait, chaque époux ait été déterminé à donner par l'expectative d'un bénéfice correspondant, c'est, dans bien des cas, indéniable ; mais il n'y a là qu'un motif. Il est donc inexact de dire qu'il y a entre les époux un échange de bénéfices

(1) A mon sens, M. Labbé ne partage pas ce sentiment ; mais il le suppose admissible, afin de raisonner l'hypothèse où il devrait être accepté. (Voir note dans SIREY, 1887, I, 97.)

éventuels, et que chacun d'eux a donné à raison de la prestation qu'effectuait son cocontractant (1).

Aussi bien, les interprètes qui voudraient attribuer aux donations réciproques entre futurs époux le caractère onéreux devront-ils se mettre en garde contre une illusion. Il est question, dans les textes relatifs à la communauté conventionnelle, d'avantages réciproques résultant du contrat de mariage et dont la loi dit qu'ils ne constituent pas des donations, mais des conventions de mariage. Un examen superficiel de la loi pourrait faire croire que c'est leur réciprocité qui donne à ces dispositions le caractère onéreux; car, faute de réciprocité, elles deviennent des donations, et l'on en pourrait conclure que toutes donations réciproques de gains de survie, même faites dans un contrat de mariage qui n'établirait pas la communauté, seraient des actes onéreux. Il y aurait là une méprise : ces donations réciproques, dont la loi fait de simples conventions de mariage, sont accessoires à la formation de la communauté; ce sont des procédés de liquidation, ou du moins des opérations concomitantes à la liquidation de la société établie entre les époux. Or, on sait que les parties ont une très grande latitude pour faire, relativement au partage d'une société, des conventions d'où ne résulte aucune libéralité entre les associés. Mais quand des époux, indépendamment de toute communauté, se font des donations véritables, fût-ce à titre de gain de survie, la réciprocité de ces avantages ne leur retire pas leur nature propre, leur caractère purement gratuit.

Résumons-nous et concluons sur la nature des acquisitions qu'un époux peut réaliser sur les biens de son

(1) Cass., 2 janv. 1843; Duchesne, Dev., 1843, I, 404. Dijon, 11 août 1858; D., 1858, II, 190.

époux par suite du contrat de mariage. L'acte par lequel s'effectue l'apport de la femme au mari est purement onéreux, et ne produit d'autres effets que ceux des actes à titre onéreux. Quand une communauté est formée entre les époux, les bénéfices que l'un d'eux a pu réaliser par suite de l'apport inégal par eux versé dans le fonds commun, ou par suite de certaines opérations préliminaires ou concomitantes à la liquidation et qui aboutissent au partage inégal de la communauté, ces bénéfices sont encore des acquisitions onéreuses ; mais dans l'hypothèse particulière prévue par les articles 1496 et 1527, la loi méconnaît leur nature pour les traiter comme des bénéfices purement gratuits. Tous les autres avantages que les époux ont pu se faire par contrat de mariage, c'est-à-dire les donations proprement dites, ne participent à aucun point de vue de la nature des actes à titre onéreux.

CHAPITRE II

DE LA DONATION FAITE A UN FUTUR ÉPOUX PAR CONTRAT DE MARIAGE

I

Un tiers généreux, et le plus souvent un ascendant, un proche parent d'un futur époux, lui fait une donation pour faciliter son établissement. Cette libéralité se distingue à deux points de vue des donations ordinaires : elle rend possible le mariage, en procurant aux conjoints des ressources suffisantes pour en assumer les charges, et à ce titre elle mérite d'être encouragée, facilitée ; dans ce but, la loi la dispense des formalités gênantes qui entravent les donations entre vifs. Mais, pour déterminer les époux à contracter mariage, il ne suffit pas de leur procurer les ressources nécessaires, et il faut les assurer que les biens donnés leur seront conservés ; il importe que les époux ne puissent pas se trouver dépouillés des moyens de subsistance sur lesquels ils avaient compté en se mariant. Pour cela, il faut donner à la donation une stabilité exceptionnelle, mettre les époux à l'abri des événements qui, de droit commun, privent les acquéreurs à titre gratuit du bénéfice d'une libéralité. C'est ce qu'on exprime en disant que la donation faite à un futur époux produit les effets d'un acte à titre onéreux, et même que cette donation participe de la

nature des actes à titre onéreux, parce que les charges du mariage en vue desquelles elle a été faite en absorbent l'émolument, en forment l'équivalent.

Sans insister pour le moment sur ces idées, notons qu'elles ne trouvent leur application que dans la donation antérieure à la célébration du mariage. Une donation qui intervient après sa conclusion ne mérite pas de faveurs spéciales ; n'ayant pas déterminé les époux à s'unir, on ne peut dire qu'elle soit la compensation des charges du mariage ; et, si le bénéfice de cette donation vient à être retiré aux époux, ils ne pourront se plaindre, puisqu'ils avaient, de leur plein gré, assumé les charges du mariage avant qu'on leur eût donné les moyens d'y parer.

Mais dès qu'une donation a été faite avant le mariage, ne peut-on pas dire qu'elle en a déterminé la conclusion ; qu'il n'y a pas, à cet égard, de distinction à établir entre les donations faites dans le contrat de mariage et celles qui n'y sont pas contenues ? Ne peut-on pas être tenté de les faire bénéficier, les unes et les autres, des garanties spéciales qui sont écrites dans la loi ?

A l'opinion qui limite aux donations par contrat de mariage les règles exceptionnelles écrites dans la loi, on peut opposer deux systèmes très différents : l'un qui fait bénéficier toutes les donations antérieures au mariage des faveurs de la loi, l'autre qui n'applique aux donations contenues dans un autre acte que le contrat de mariage, qu'un petit nombre de dispositions exceptionnelles. Examinons d'abord ce second système.

C'est parce qu'elles rendent les mariages possibles que les donations faites aux futurs époux sont l'objet de règles spéciales : or, au nombre des textes qui édictent ces règles, il en est qui emploient l'expression de *donations en faveur du mariage*. Les dispositions comprises

dans ces textes seront applicables à toutes les donations antérieures au mariage qui, toutes, favorisent les mariages au même degré. Telle est la base du système défendu par M. Demolombe. Suivant lui, les immunités, soit de fond, soit de forme, que la loi accorde aux donations faites aux futurs époux, doivent être restreintes aux donations par contrat de mariage, soit que les textes emploient l'expression de constitution de dot, soit, à plus forte raison, qu'ils parlent de donation par contrat de mariage. Mais quand la loi se sert de l'expression *donation en faveur de mariage*, toute donation, par cela seul qu'elle est faite en vue du mariage et qu'elle est subordonnée à sa conclusion, doit être assimilée à la donation par contrat de mariage, sauf, toutefois, deux différences : d'abord, toute donation contractuelle est présumée faite en vue du mariage, et il faudrait une convention expresse pour qu'elle fût maintenue, même si le mariage ne se faisait pas ; tandis que, dans une donation ordinaire, cette subordination de la libéralité à la conclusion du mariage doit être exprimée ou résulter des circonstances. En second lieu, la donation contractuelle ne peut être faite qu'en vue d'un mariage déterminé ; une donation ordinaire peut être subordonnée à la conclusion d'un mariage quelconque (1).

Cette opinion me paraît inacceptable. L'expression de *donation en faveur du mariage* se rencontre dans trois textes du Code civil : dans les articles 959 et 960, relatifs à la révocation des donations pour cause d'ingratitude et de survenance d'enfant, et dans l'article 1088, qui déclare ces donations caduques si le mariage ne s'ensuit pas. Recherchant la valeur de leurs dispositions dans la question qui nous occupe, je fais une distinction qui

(1) DEMOLOMBE, XX, 653. Cf. COIN-DELISLE, sur l'art. 1088 C. civ.

s'impose entre l'article 959 d'une part, et d'autre part les articles 960 et 1088. Ces deux derniers textes ne contiennent pas de dispositions dérogatoires au droit commun pour les donations par contrat de mariage ; en effet, l'article 960 les assimile aux donations ordinaires au point de vue de la révocation pour survenance d'enfant. De même de l'article 1088, qui déclare caduques les donations en faveur du mariage, quand le mariage ne s'ensuit pas : c'est l'application d'un principe général d'après lequel toute donation est caduque quand vient à défaillir la condition suspensive à laquelle elle était subordonnée. Je conviens donc sans difficulté qu'une donation ordinaire, faite en vue du mariage, sera, tout comme une donation contractuelle, soumise à la révocation pour survenance d'enfant, et à la caducité en cas de défaillance d'une condition : non pas qu'en cela elle emprunte les règles spéciales aux donations contractuelles auxquelles elle serait, à cet égard, assimilée ; mais parce qu'elle est, comme les donations contractuelles elles-mêmes, soumise au droit commun. Faire intervenir dans ce débat les articles 960 et 1088, qui sont dénués de toute portée, pourrait presque être qualifié d'étourderie. Je vais plus loin, et je prétends que pour donner un sens raisonnable à l'article 1088, il faut considérer qu'il vise exclusivement les donations contractuelles ; il dispose que ces donations, à la différence de ce qui était admis dans l'ancien droit ⁽¹⁾, sont présumées faites sous la condition de la conclusion du mariage projeté. Dire d'une donation ordinaire faite sous la condition de la conclusion d'un mariage qu'elle serait caduque si le mariage ne se faisait pas, serait affirmer une vérité d'évidence.

(1) TESSIER, *Traité de la dot*, t. I, p. 63, note 101.

Reste l'article 959 qui, indubitablement, contient une règle dérogatoire au droit commun, puisqu'il soustrait les donations en faveur du mariage à la révocation pour ingratitude. Les donations ordinaires destinées à rendre possible un mariage seront-elles, à cet égard, assimilées aux donations contractuelles ; sont-elles comprises dans la formule de la loi ? C'est à ce point tout spécial que se réduit l'intérêt du système de M. Demolombe. La négative me paraît s'imposer. D'abord l'article 1088 qui, parlant des donations en faveur de mariage, ne peut raisonnablement s'entendre que des donations contractuelles, suffit à fixer le sens exact de l'expression. En outre, je reproduirai ici un argument que j'ai déjà fait valoir pour soustraire les donations entre futurs conjoints à l'application de l'article 959. L'irrévocabilité des donations en faveur du mariage se rattache à une série de dispositions dérogatoires au droit commun destinées à assurer le maintien des donations contractuelles (1). On ne comprendrait pas pourquoi les donations ordinaires en faveur du mariage emprunteraient une des règles des donations contractuelles et non les autres : d'autant que l'époux donataire est maître de ne pas donner ouverture à la révocation. Ajoutez que l'intérêt des enfants nés du mariage ne peut être invoqué ici avec la même force, car on ne prétendra pas, je suppose, qu'une donation ordinaire adressée à un futur époux soit censée faite aux enfants à naître, comme une donation contractuelle.

Donc, l'emploi de l'expression de *donation en faveur du mariage* n'ayant rien de décisif dans notre question, il n'y a pas lieu de faire bénéficier une donation ordinaire de l'irrévocabilité plutôt que des autres immunités

(1) Voy. en particulier l'article 952 C. civ.

reconnues aux donations contractuelles. C'est ainsi que l'opinion de M. Demolombe nous conduit au système absolu qui fait participer toutes les donations antérieures à un mariage des mêmes immunités, non pas de forme, mais de fond, que les donations contractuelles. C'est une opinion singulièrement hardie et que cependant on se contente d'affirmer sans la justifier. Elle est admise par M. Demangeat dans une note du *Cours de droit commercial*, de Bravard ⁽¹⁾. M. Guillaouard la motive en ces termes : « Comme les donations contractuelles, elles (les donations ordinaires) ont déterminé le mariage ; elles méritent la même faveur ⁽²⁾. » C'est oublier que des dispositions déroatoires au droit commun ne peuvent s'étendre par voie d'analogie. La loi ne pose pas en principe que toute donation qui a déterminé le mariage doit jouir de faveurs spéciales ; mais elle déclare que les donations faites en une certaine forme, et ayant d'ailleurs déterminé le mariage, seront soustraites au droit commun. Elle met donc à la disposition des parties une donation de formes particulières : que si les époux se contentent d'une donation ordinaire, ils se soumettent au droit commun ; une donation, même fragile, a été pour eux un stimulant suffisant au mariage.

Ainsi réfutée la seule objection que l'on m'oppose, je puis, en faveur de ma thèse, faire valoir un motif très puissant. Les immunités attachées aux donations contractuelles n'appartiennent pas seulement à l'époux donataire ; quand la donation s'adresse à la femme, elles appartiennent en outre au mari, dans la mesure de ses

(1) Tome V, p. 246, note 2.

(2) GUILLOUARD, *Contr. de mar.*, t. I, n° 164. M. Guillaouard cite, à l'appui de son opinion, M. LAURENT (XXI, n° 187) et MM. AUBRY et RAU (V, § 500). Ces savants professeurs ne partagent nullement sa manière de voir. Il résulte seulement de la note 10, p. 416, t. VII, que MM. Aubry et Rau suivent l'opinion de M. Demolombe sur l'art. 959.

droits. Le motif en est, selon moi, que le donateur a voulu que les biens donnés fussent grevés de certains droits au profit du conjoint de l'époux qu'il gratifiait ; il l'a voulu par cela seul que ces droits lui étaient connus. Or, il n'a pu les connaître, ou, du moins, il ne les a connus certainement que s'il a donné dans l'acte même qui contenait les conventions matrimoniales. Dans l'opinion que je combats, il faudrait donc, tout au moins, réduire au conjoint donataire, sans en faire bénéficier l'autre époux, les immunités qu'on attacherait à la donation ordinaire qui a déterminé le mariage. Mais alors on est en plein arbitraire, on refait la loi de toutes pièces.

II

Une donation antérieure au mariage, mais non contenue au contrat de mariage, ne peut donc être qualifiée de constitution de dot ni être traitée comme telle ; il en est de même, et à plus forte raison, des donations faites aux époux au cours du mariage. Mais quoique les biens donnés n'aient pas été procurés à l'époux donataire en vue des charges du mariage, ou que l'intention du donateur à cet égard, dans le cas où elle aurait été manifestée, n'ait pas d'influence sur la nature de l'acte, en fait, les biens donnés se trouvent néanmoins affectés à l'acquittement de ces charges, comme tout le patrimoine du débiteur ; ils sont soumis au régime matrimonial adopté : s'agissant en particulier des biens donnés au cours du mariage, le régime stipulé par les époux s'étend à leurs biens à venir ; mais rien n'empêche qu'au moment du contrat, les parties aient adopté un régime différent pour leurs biens présents et pour leurs biens à

venir (1542). Quoi qu'il en soit, les biens qui adviennent aux époux pendant le mariage sont toujours soumis au régime qui leur a été de prime abord assigné (1); en vertu de l'incommutabilité des conventions matrimoniales, les époux n'en peuvent pas écarter les effets (1395). Si donc une donation a été faite à la femme au cours du mariage, et puisque les textes (1540) désignent sous le nom de dot son apport au mari, on devra convenir que la dot de la femme est augmentée au cours du mariage; et si la femme, en se mariant, n'avait aucune fortune, on peut dire que la dot est, non pas constituée, mais au moins créée pendant le mariage.

En quel sens l'article 1543 dispose-t-il donc que la dot ne peut être constituée ni augmentée pendant le mariage? On pourrait, se rappelant que les mots dot et constitution de dot ont une double signification, on pourrait dire que les donations faites aux époux, et spécialement les donations qui procurent à la femme les biens qu'elle apporte à son mari, ne jouissent des immunités particulières réservées aux constitutions de dot que si elles sont antérieures au mariage; mais que, tout au contraire, l'apport de la femme au mari peut être augmenté pendant le mariage. Ce serait une erreur; c'est l'apport même de la femme au mari que l'article

(1) Le Brun ne méconnaît pas précisément ce principe; mais, par interprétation de la volonté des tiers constituants, il admet que les biens échus à un époux pendant le mariage peuvent être soumis à un régime qui n'avait été appliqué qu'aux biens donnés par contrat de mariage : « Que si un père, ayant donné une certaine somme à sa fille, avec une clause de réalisation, depuis et pendant le mariage lui a encore donné une somme d'argent, par augmentation de dot, sans réitérer cette stipulation de propre, et sans que la clause ordinaire que tout ce qui adviendra par donation ou succession sera propre ait été stipulée par contrat de mariage, on demande s'il faut sous-entendre cette même clause de stipulation de propres dans cet augment. » Le Brun décidait affirmativement (*Succes.*, II, 1, 2, n° 51). Cette décision serait inacceptable aujourd'hui.

1543 défend d'augmenter pendant le mariage. Les précédents historiques, et la place qu'occupe l'article 1543 dans le chapitre consacré au régime dotal, nous révèlent que c'est bien la constitution de dot qui réalise l'apport de la femme au mari que la loi a en vue. La constitution de dot est entendue ici dans un sens étroit ; il s'agit de l'apport de la femme effectué sous une forme spéciale, dans un seul des régimes matrimoniaux.

Les biens acquis aux époux pendant le mariage sont soumis au régime que le contrat de mariage a établi : cela en vertu de l'incommutabilité des conventions matrimoniales. Ce principe qui s'impose aux époux ne lie pas les tiers au même degré ; ils peuvent en donnant, ou en léguant à un conjoint, régler comme ils l'entendent le sort du bien qu'ils lui font acquérir. Non seulement ils peuvent exclure de la communauté tel bien qui de sa nature aurait dû y tomber, et réciproquement, mais ils peuvent le soumettre à un régime différent. Les régimes matrimoniaux peuvent, en effet, être juxtaposés et appliqués divisément à différentes catégories de biens.

Toutefois, quand une disposition à titre gratuit est adressée à la femme, le disposant, en vertu d'une prohibition formelle écrite dans l'article 1543, ne peut conférer aux biens le caractère de dotalité, s'il ne leur est pas imprimé par le contrat (1) ; il est libre seulement de les soustraire à la dotalité qui résulterait pour eux du régime adopté. Le disposant ne peut déclarer que les biens donnés seront, au profit du mari, l'objet des droits qui résultent du régime dotal romain, avec les garanties exceptionnelles qu'il entraîne en faveur de la femme. A Rome, l'apport de la femme au mari était entre les

(1) L'art. 1543 ne peut pas s'adresser seulement aux époux, sans quoi il serait une répétition de l'art. 1395 : il s'adresse aux tiers.

moins de celui-ci, au moins en ce qui concernait les immeubles, frappé d'inaliénabilité. La dot pouvait cependant être constituée et augmentée pendant le mariage, sans que les tiers fussent exposés à des mécomptes ; il leur suffisait de savoir que tels biens provenaient au mari de la femme pour en connaître la condition (1). Aujourd'hui, c'est le contrat de mariage qui règle le sort des biens de la femme ; les procédés suivant lesquels ils peuvent être affectés aux charges du mariage varient presque à l'infini. Il ne suffit pas aux tiers de savoir que tel bien a été apporté en dot au mari, pour connaître les droits que celui-ci peut exercer ; le contrat de mariage peut seul les leur révéler, et leur apprendre surtout que la fortune de la femme, soumise à la dotalité, est frappée d'inaliénabilité, d'imprescriptibilité, d'insaisissabilité. Ils courraient le plus grand danger si tel bien qu'à la lecture du contrat, ils avaient pu considérer comme leur gage, y avait été totalement soustrait par celui qui l'a mis dans la fortune de la femme. Une telle déclaration de dotalité est donc dépourvue d'effet à l'égard des tiers ; mais j'estime qu'entre les époux, la volonté du disposant sera respectée dans la mesure du possible ; et sans reconnaître à la femme les garanties exagérées, ni au mari les pouvoirs exceptionnels qui leur appartiennent sous le régime dotal, on lui attribuera la jouissance des biens donnés qui se trouveront soumis au régime d'exclusion de communauté (2).

(1) Dans les pays de droit écrit, comme à Rome, la dot pouvait être constituée et augmentée pendant le mariage. La Cour de cassation (Req., 24 juin 1813) a admis la validité de la constitution de dot faite pendant le mariage, dans un cas où elle était l'exécution d'une promesse faite avant cette époque. Dans l'espèce, la promesse de constituer la dot avait été faite par contrat de mariage dans l'ancien droit, alors que la constitution de dot au cours du mariage était possible.

(2) Le donateur peut, en effet, attribuer à l'objet donné quelques-unes des qualités des biens dotaux : le mari peut être investi de l'usufruit et

On peut critiquer l'article 1543 et trouver sa mesure incomplète ; sans soumettre les biens donnés à la femme au régime dotal, le disposant peut les affecter au gage des créanciers du mari dans une moindre mesure que ne fait le contrat. Mais la loi ne protège les tiers que lorsque leur intérêt est particulièrement menacé ; c'est l'idée qu'on retrouve dans la loi du 10 juillet 1850, relative à la publicité des contrats de mariage, d'après laquelle les effets du régime dotal sont seuls écartés quand les tiers, par la fraude des époux, ont cru qu'il n'avait pas été fait de contrat.

III

Bornons-nous donc à l'étude de la constitution de dot, de la donation contenue dans le contrat de mariage et adressée à l'un des époux. Elle présente deux particularités importantes, déjà signalées plus haut : elle détermine les époux à contracter mariage, et, à ce titre, elle mérite d'être encouragée, d'être dégagée des entraves gênantes dont est entourée la conclusion des donations ordinaires. Mais voici en quel sens la constitution de dot facilite le mariage : elle procure aux époux les ressources suffisantes pour parer aux besoins de la vie conjugale ; elle a lieu à la condition que les époux assu-

de la jouissance des biens donnés. Mais les pouvoirs exorbitants qui appartiennent au mari sous le régime dotal ne peuvent lui être reconnus, ni les garanties exceptionnelles qu'il entraîne être accordées à la femme. En particulier, l'inaliénabilité ne peut être attachée aux biens donnés ; sauf que la stipulation devrait sans doute être respectée, si le donateur l'avait écrite dans son intérêt ou dans celui de sa famille, et, en particulier, s'il avait déclaré que le bien ne pourrait être aliéné que de son consentement. Mais, alors, lui seul, et non pas la femme, pourrait demander la nullité de l'aliénation, si elle avait lieu.

meront ces charges; les époux se marient parce qu'on leur en donne le moyen. Elle produit en conséquence quelques effets des actes à titre onéreux; elle participe même, dit-on, de la nature des actes à titre onéreux.

Il importe de se fixer de prime abord sur l'exactitude de cette formule. Quand une femme, par un acte que nous avons décrit, apporte une dot à son mari, l'opération est indubitablement onéreuse; chacune des parties se procure un avantage qui est la compensation du sacrifice auquel elle s'est soumise. Au contraire, quand une constitution de dot est faite par un tiers à un futur époux, on ne rencontre plus les éléments d'un acte à titre onéreux. Je reconnais volontiers que l'époux assume les charges du mariage parce qu'on le dote; que la dot lui est adressée pour qu'il se marie et à cette condition, et qu'en un mot les charges du mariage absorbent l'émolument de la donation. Mais le donateur ne bénéficie pas du mariage; ce n'est pas vis-à-vis de lui que l'époux doté contracte des obligations.

On a même contesté que la dote eût aucun rapport avec les charges du mariage, qu'elle en fût l'équivalent; sur ce point, il faut rétablir la vérité. On a dit que l'époux doté n'assumait pas les charges du mariage parce qu'il était doté, mais parce qu'il se mariait; car un époux sans dot, tout autant qu'un époux doté, est tenu des devoirs d'époux et de père qui dérivent du mariage lui-même et des prescriptions de la loi (1). Je réponds, sans aucune subtilité, que les époux sont tenus des charges du mariage parce qu'ils se sont mariés, mais qu'ils se sont mariés parce qu'on les dotait; c'est à cause de la dot qu'ils ont procédé à l'acte qui devait être pour eux une source de charges. Tant que le mariage ne sera pas

(1) Arg. des articles 203 et 214 C. civ. (Rennes, 10 juillet 1843.)

obligatoire, imposé par la loi, cette réponse sera péremptoire.

Reste donc seulement l'objection que je présentais plus haut : comment déclarer onéreux un acte qui ne procure à l'une des parties aucun bénéfice, aucun équivalent de sa prestation (4)? L'acte à titre onéreux se caractérise par un échange de services et de valeurs; dans les actes à titre onéreux, dans les contrats synallagmatiques, la cause de l'obligation ou de la dation d'une des parties est l'obligation ou la dation de l'autre partie. Décomposons la constitution de dot, en admettant, pour un instant, que l'acquisition de l'époux doté a sa cause dans les obligations auxquelles il s'est soumis, puisque nous avons reconnu entre elles une réelle correspondance. L'objet de l'obligation ou de la dation du constituant consiste dans les valeurs promises ou données en dot; et la cause des obligations de l'époux doté consiste dans l'acquisition des valeurs qui lui sont fournies; mais la cause de l'obligation ou de la dation du constituant ne peut être que son intention généreuse, tandis que l'objet de l'obligation de l'époux doté, ce sont les charges du mariage, et dès lors l'objet de l'obligation d'une des parties n'est pas la cause de l'obligation de l'autre. Ainsi analysée, l'opération est boiteuse et ne se tient pas; c'est un acte qu'on ne peut ni qualifier ni expliquer; on n'y découvre ni les éléments d'un acte à titre onéreux ni les éléments d'un acte à titre gratuit (2). Pour rendre

(1) Art. 1105 et 1106 C. civ.

(2) Qu'on n'aille pas en conclure que l'acte est mixte; un acte mixte est celui qui réunit les conditions de deux actes de nature différente et produit concurremment leurs effets. Un acte ne peut être à la fois onéreux et gratuit, c'est-à-dire remplir des conditions qui s'excluent et produire des effets contradictoires. Et comme tout acte est nécessairement onéreux ou gratuit, celui qui ne présente pas les caractères requis pour être rangé dans l'une ou l'autre de ces deux catégories est un non-sens.

cet acte intelligible, il faut reconnaître qu'il est de sa nature gratuit ; que les charges du mariage ne sont pas la cause de l'acquisition de l'époux doté, la cause de la constitution de dot ; que cet acte a sa cause uniquement dans la volonté généreuse du constituant.

Les charges du mariage, dont l'importance ne peut cependant pas être méconnue, se réduisent donc aux proportions d'un simple mode, d'une charge mise à une donation. Mais il faut avouer que cette charge présente des particularités notables.

On sait que la charge apposée à une libéralité en altère le caractère gratuit. Voici, en peu de mots, les effets que les interprètes lui attachent. Si la charge imposée au donataire absorbe l'émolument intégral de la libéralité, l'acte n'a de la donation que le nom : c'est un véritable marché à titre onéreux, si la charge est inscrite dans l'intérêt du donateur ; si elle est insérée au profit d'un tiers, l'acte se ramène généralement à un mandat, contrat gratuit, à la vérité, mais dans lequel le bénéficiaire est justement le prétendu donateur ; quitte à rechercher, dans ce dernier cas, à quel titre le tiers qui peut se prévaloir de la charge a été investi du droit d'en poursuivre l'exécution, s'il est vis-à-vis du disposant un acquéreur à titre onéreux ou à titre gratuit.

Si la charge est inférieure au montant de la libéralité, j'estime que l'acte, dans son ensemble, doit être traité comme une donation ; le donataire sera considéré comme un acquéreur à titre gratuit, sans pouvoir prétendre que dans la mesure de la charge, dans la mesure de l'équivalent qu'il a fourni au donateur ou à un tiers, il doit être traité comme un acquéreur à titre onéreux. La révocation, la réduction, le rapport, atteindront la donation comme si elle était égale au chiffre porté au contrat ; mais il sera dû au donataire une indemnité re-

présentative du service qu'il a rendu ou de l'objet qu'il a fourni.

Revenons aux charges du mariage. A mon sens, la loi les répute proportionnelles à la dot dont elles sont l'occasion : il faut présumer qu'elles absorbent l'émolument intégral de la libéralité. Sommes-nous donc en présence d'un acte à titre onéreux, puisque, avons-nous dit, tel est le caractère qu'il faut reconnaître à la donation avec charge, lorsque cette charge prive de tout bénéfice le prétendu donataire ? Je ne le pense pas. En effet, la charge n'est pas écrite dans l'intérêt du donateur, du constituant de la dot. Dira-t-on qu'elle est écrite dans l'intérêt d'un tiers qui serait, par exemple, le conjoint de l'époux donataire, ou les enfants à naître du mariage ? La dot leur profite, je n'en disconviens pas ; mais rap-pelons-nous que dans les donations avec charge au profit d'un tiers, le tiers, qui peut en invoquer le bénéfice, doit être considéré comme l'ayant-cause du donateur, et être traité comme un acquéreur à titre onéreux ou à titre gratuit, suivant que le disposant a voulu le payer de ce qu'il lui devait ou lui faire une libéralité (1). Or, le constituant de la dot n'était tenu d'aucune obligation vis-à-vis du conjoint de l'époux doté ou des enfants à naître du mariage ; il ne reçoit d'eux aucun équivalent, pas plus que de l'époux doté lui-même ; et, cependant, eux non plus ne sont pas traités comme des acquéreurs à titre gratuit. Nous ne rencontrons donc pas l'application des règles ordinaires de la donation avec charge au profit d'un tiers. Mais, bien plus, il y a telle hypothèse où la constitution de dot, qui n'est jamais une

(1) « Il est bien entendu que si les charges sont établies en faveur d'un tiers au regard duquel elles constituent une libéralité, cette libéralité sera régie, quant au fond, par les règles relatives aux donations entre vifs. » (AUBRY et RAU, *Droit civ. français*, t. VII, p. 378, note 13.)

donation avec charge au profit du constituant, n'apparaît même pas comme subordonnée à l'accomplissement d'une charge vis-à-vis d'un tiers : ainsi en est-il quand le mariage est dissous et qu'il n'en est pas né d'enfants. En pareil cas, cependant, l'époux doté continue à être traité comme un acquéreur à titre onéreux. On peut donc dire que l'époux doté est considéré comme un acquéreur à titre onéreux, par cela seul qu'il s'est placé dans une certaine situation d'où pouvaient résulter pour lui des devoirs : devoirs bien plutôt moraux que légaux, car on n'aperçoit guère comment il pourrait être contraint à les remplir s'il voulait s'y soustraire.

A mesure que nous recherchons et poursuivons les éléments requis d'un acte à titre onéreux, ils se dérobent et nous échappent. Force nous est donc de reconnaître que la constitution de dot est un acte gratuit ; autrement, il faudrait soutenir que la simple indication de l'emploi à faire de certains biens compris dans une donation, quand c'est là une condition même de cette donation, constitue une charge, et imprime à l'acte le caractère onéreux, alors même que ce serait à l'utilité du donataire lui-même que les biens donnés devraient être employés.

La constitution de dot est donc un acte gratuit, car les charges du mariage n'en sont pas la cause. A Rome, cette formule n'était employée que par un abus de langage, et personne ne se méprenait sur sa véritable portée.

Comment expliquer dès lors que la constitution de dot soit soustraite à certains effets des actes à titre gratuit ? Il faut dire simplement que la loi, pour rendre la constitution de dot plus propre au but qu'elle vise, plus apte à déterminer les époux au mariage, lui confère une stabilité particulière ; elle rassure les futurs époux en les mettant

à l'abri de divers événements qui priveraient un acquéreur à titre gratuit ordinaire du bénéfice de la libéralité. Il se trouve que, pour atteindre ce but, la loi fait produire à la constitution de dot quelques effets d'un acte à titre onéreux. J'aime mieux cette formule que celle qui qualifierait la constitution de dot d'acte participant dans une certaine mesure de la nature des actes à titre onéreux. Quels effets devraient être rattachés au caractère que l'acte revêt dans une mesure peu précise? Mieux vaut dire que la loi les a déterminés elle-même, et qu'il faut lui obéir à la lettre; d'autant que les conséquences attachées à la constitution de dot dépassent parfois les effets habituels des actes à titre onéreux (1).

S'il était besoin d'expliquer juridiquement comment la loi a pu attacher à la constitution de dot certains effets des actes à titre onéreux que de sa nature elle n'entraînait pas, voici ce que l'on pourrait dire : Le constituant est censé, en ce qui le concerne, avoir abdiqué les avantages que lui aurait procurés le caractère gratuit de l'opération; mais il n'a pu faire semblable renonciation au préjudice d'autres personnes qui auraient à se prévaloir de la nature véritable de l'acte. Cette distinction n'est pas rigoureusement exacte : nous verrons que le disposant ne doit pas à tous égards être traité comme un aliénateur à titre onéreux, et que c'est seulement vis-à-vis de ses héritiers, et non de ses créanciers chirographaires, que la constitution de dot conserve son véritable caractère. Cependant, cette formule rend assez bien compte de la loi et la justifie d'attacher d'autorité les effets des actes à titre onéreux à un acte gratuit. C'est là, du reste, toute sa portée : il ne faudrait pas s'en servir pour étendre ou interpréter la loi; encore

(1) Cela fait allusion au cours de plein droit des intérêts de la dot.

une fois, il ne faut reconnaître à la constitution de dot que ceux des effets des actes à titre onéreux qu'une tradition constante ou un texte formel obligent à lui attribuer.

Ainsi compris la nature et les effets de la constitution de dot, nous ramènerons à une idée commune les deux séries de dispositions dérogatoires au droit commun dont elle est l'objet : la faveur de la loi qui, d'une part, facilite sa formation, et, d'autre part, assure son maintien, sa stabilité. Les immunités de forme, telles que la dispense d'acceptation expresse, et la faculté de faire des donations de biens à venir, si elles tendent au même but, sont sans influence sur la nature de la constitution de dot dont elles n'altèrent pas les effets ; nous ne nous en occuperons pas. Au contraire, les dispositions qui tendent au maintien de la donation, une fois faite, font produire à la constitution de dot des effets contraires à sa nature, et la rapprochent des actes à titre onéreux ; historiquement, on peut dire qu'ils s'expliquent par le caractère onéreux qu'on avait cru devoir attribuer à l'opération. Nous aurons donc à passer en revue les effets de la constitution de dot, énumérant d'abord les conséquences exceptionnelles que la loi en fait découler, indiquant ensuite les effets que sa nature entraîne (1).

Mais auparavant, on peut se demander dans quelle catégorie doit se ranger une disposition exceptionnelle, celle de l'article 959, qui soustrait les donations en faveur de mariage à la révocation pour cause d'ingratitude. Nous avons par deux fois parlé de ce texte pour en limiter la portée ; il ne vise que les donations faites par un tiers à un futur époux, dans le contrat de mariage.

(1) Nous parlerons du *caractère onéreux* de la constitution de dot pour désigner les effets exceptionnels qu'elle produit. Après les explications qui précédent, l'emploi de cette expression, qui est traditionnelle, ne peut prêter à aucune équivoque.

On se demande parfois si cette disposition s'explique par la faveur due à la constitution de dot ou par son caractère onéreux. La question ne me paraît pas bien posée, puisqu'à mon avis, c'est la faveur due à la constitution de dot qui explique toutes les immunités de fonds et de forme dont elle est l'objet. Cela dit, il est manifeste que l'article 959 n'a pas pour but de rendre plus faciles et plus fréquentes les constitutions de dot ; un donateur se dépouille d'autant moins volontiers, qu'il sait n'avoir aucun espoir de recouvrer ce qu'il a donné. M. Demolombe rend compte de notre texte par cette idée que les peines sont personnelles et que la révocation occasionnée par l'ingratitude du donataire aurait causé un préjudice injuste à son conjoint et à ses enfants. L'explication serait satisfaisante si le conseil d'Etat n'avait écarté l'article du projet de la commission, d'après lequel la révocation pour ingratitude faisait tomber les droits du donataire en respectant ceux de son conjoint et de ses enfants. Mieux vaut dire que l'article 959 a pour but de déterminer plus sûrement les époux au mariage, en leur garantissant le maintien de la donation. Est-ce une raison pour le ranger dans la série des textes qui attachent à la constitution de dot les effets d'un acte à titre onéreux ? Je ne le pense pas : en droit romain, cette irrévocabilité était considérée comme un effet des actes à titre onéreux que la considération des charges du mariage avait fait rattacher à la constitution de dot. Aujourd'hui, la loi attribue à la constitution de dot les effets plutôt que la nature d'un acte à titre onéreux ; il est cependant légitime de prétendre que ces effets, quand une tradition constante y a vu la conséquence du caractère onéreux de la constitution de dot, lui impriment encore, par leur réunion, un caractère onéreux artificiel. Mais à l'égard de la révo-

cation pour ingratitude, la tradition a été interrompue ; pendant tout l'ancien droit, la révocabilité était devenue la règle des donations contractuelles ; en revenant à la pratique romaine, les rédacteurs du Code ont obéi à une considération d'équité, et cédé aux réclamations des interprètes de l'ancien droit ; ils n'ont pas songé à rétablir une conséquence qui devait être attachée à la constitution de dot conformément à sa nature. Le caractère onéreux de la constitution de dot n'a donc rien à faire avec les dispositions de l'article 959. En conséquence, dans l'opinion qui applique ce texte à d'autres libéralités qu'aux donations contractuelles, on n'est pas autorisé à admettre que ces libéralités, étant soumises à l'article 959, doivent bénéficier des immunités exceptionnelles attachées à la constitution de dot en qualité d'acte à titre onéreux. Nous ne reviendrons donc pas sur l'article 959 quand nous ferons connaître les effets des donations contractuelles.

Dans toute cette discussion, c'est seulement aux charges du mariage que nous avons cherché à prêter le rôle et l'importance d'un équivalent de la dot, pour attribuer à l'acte qui nous occupe le caractère onéreux. Il ne peut pas, comme à Rome, emprunter ce caractère à une autre circonstance. En supposant que la constitution de dot soit l'œuvre d'un ascendant de l'époux doté, nous ne pouvons prétendre qu'il y ait là acquittement d'une obligation : l'enfant n'a pas d'action pour obtenir de ses père et mère un établissement par mariage (204 C. civ.). Je ne pense même pas qu'on puisse dire que les père et mère soient tenus de l'obligation naturelle de doter leurs enfants. On a cru devoir faire intervenir l'idée d'une obligation naturelle pour expliquer diverses dispositions légales. Les articles 1438 et 1439, quand la dot a été constituée au profit d'un enfant par

l'un des époux ou par tous deux conjointement, déterminent dans quelle mesure ils sont censés avoir pris part à la constitution : les présomptions qu'établit la loi reposent sur cette idée que les époux ont dû vouloir s'acquitter également du devoir qui leur incombait. Or, ces présomptions se justifient aussi bien par l'idée d'une obligation morale qu'un père et une mère sont toujours réputés vouloir remplir, que par l'idée d'une obligation naturelle que le débiteur est toujours maître de ne pas exécuter.

On invoque encore dans ce débat l'article 1469, aux termes duquel chaque époux doit récompense des sommes qu'il a tirées de la communauté pour doter un enfant d'un autre lit ou pour doter personnellement un enfant commun. L'argument qu'on en tire est particulièrement spécieux, si on suppose que la constitution de dot émane du père (1) : aux termes de l'article 1422, il peut disposer des effets mobiliers à titre gratuit et particulier sans devoir récompense à raison de ce fait ; s'il dote un étranger, il ne devra pas récompense, tandis que l'article 1469 le soumet à récompense s'il a doté un de ses enfants. C'est donc qu'en dotant, il s'est enrichi, en s'exonérant d'une obligation naturelle qui le grevait. Mais l'argument tiré de l'article 1469 ne me paraît pas décisif ; et sans même supposer que la constitution de dot a enrichi le donateur en l'exonérant d'une obligation naturelle, la récompense s'explique par le seul fait que le rapport est dû à sa succession, et qu'il a éven-

(1) On peut, en supposant la dot constituée par la femme, tirer de l'article 1469 un argument tout aussi fort, si on admet que la femme a dans la communauté les mêmes droits que le mari, sauf qu'elle ne peut en user qu'avec l'autorisation maritale. La femme, si elle a doté un de ses enfants avec les biens communs, sera tenue d'une récompense qu'elle ne devrait pas si elle avait doté un étranger.

tuellement droit au retour légal, pour des biens qui ne sont pas sortis de son patrimoine.

D'ailleurs, l'intérêt de la question me semble bien mince ; à supposer que les père et mère soient tenus de l'obligation naturelle de doter leurs enfants, qu'en résultera-t-il ? L'intérêt qu'il y a d'ordinaire à distinguer l'acquittement d'une obligation naturelle d'une donation consiste à savoir si les règles de forme et de fond des donations devront être suivies. Or, il est certain qu'en la forme, il faudra obéir aux règles de la loi sur les donations contractuelles, et qu'au fond, l'acte produira les effets des actes onéreux attachés aux donations contractuelles, en même temps que les effets qui résultent de leur caractère habituel de gratuité. Toute la controverse se ramène donc à savoir si un père (ou une mère) qui a constitué une dot, dans la croyance qu'il y était tenu par la loi, peut répéter ce qu'il a fourni ; il ne le peut certainement pas, s'il a acquitté une obligation naturelle ; mais je crois même que la négative s'impose dans tous les cas.

IV

Nous avons recherché, à un point de vue purement théorique, comment pouvait se justifier le caractère onéreux qu'on prête d'ordinaire à la constitution de dot ; si nous n'avons pu découvrir en elle les éléments d'un acte à titre onéreux, du moins avons-nous constaté que la loi lui en attribuait les effets. Demandons-nous maintenant qui peut se prévaloir des conséquences ainsi attachées à la constitution de dot.

Les interprètes sont loin de s'entendre sur le point de

savoir à l'égard de qui la constitution de dot est onéreuse ; est-ce à l'égard de l'époux auquel elle s'adresse principalement, sans distinguer entre le mari et la femme, ou faut-il faire entre eux une distinction ? Est-ce à la fois à l'égard de l'époux doté et de son conjoint, dans la mesure des droits qu'il tient du contrat sur les biens constitués en dot ?

Que la constitution de dot, telle que le droit français la comprend, puisse s'adresser au mari comme à la femme, c'est ce que j'ai surtout voulu démontrer en étudiant l'ancien droit. Point de doute que la donation contractuelle faite à l'un ou à l'autre époux jouisse des immunités de forme écrites dans la loi ; et quant au fond, l'article 1440, qui énonce les deux conséquences les plus saillantes du caractère onéreux de la constitution de dot, clôt une série de textes qui s'occupent de la dot constituée par des père et mère à leur *enfant*, c'est-à-dire à un fils comme à une fille (1).

L'impression première qui se dégage de la lecture du Code est donc que l'époux, bénéficiaire principal d'une donation contractuelle, peut se prévaloir des effets dérogatoires au droit commun qui sont attachés par la loi à la constitution de dot. Tel n'était pas l'avis de nos anciens auteurs, qui n'accordaient ce droit qu'au mari vis-à-vis du constituant de la dot de sa femme. Cette opinion est encore professée par quelques interprètes du droit moderne ; la jurisprudence y est absolument opposée, et traite à certains égards l'époux doté, lui-même, comme un acquéreur à titre onéreux. Je vais m'efforcer d'établir l'exactitude du système que la pratique a consacrée, et de démontrer que l'époux dona-

(1) Il faut avouer que l'article 1546, qui est immédiatement suivi de deux textes reproduisant les dispositions de l'article 1440, parle d'une fille dotée.

taire à titre de constitution de dot doit logiquement être traité comme est traité le mari, dans la mesure des droits qu'il a acquis à titre de dot sur les biens constitués à la femme. L'acquisition de l'un et de l'autre doit emprunter à la même circonstance, aux charges du mariage, le caractère onéreux.

Il est un premier point sur lequel on semble d'accord. L'acte par lequel est effectué l'apport de la femme au mari étant certainement onéreux, il en résulte que les droits acquis au mari, en vertu du contrat de mariage, sur les biens constitués en dot à la femme, lui proviennent *ex causa onerosa*. C'est pour soustraire le mari aux conséquences de l'action paulienne exercée par les créanciers du constituant qu'on présente ainsi l'opération; il faut reconnaître qu'on atteint parfaitement le but visé et que le mari, en qualité de sous-acquéreur à titre onéreux, n'est pas exposé à l'action paulienne s'il a été de bonne foi, quelle que soit du reste la nature de l'acquisition faite par la femme. Mais aussi la solution à laquelle ce raisonnement nous conduit n'a-t-elle aucune valeur pour notre question, qui se trouve éludée, mais non tranchée, car on fait abstraction de la constitution de dot pour s'attacher aux effets d'un acte qui en est indépendant; l'exclusion de l'action paulienne n'est nullement la conséquence du caractère onéreux de la constitution de dot.

S'il suffit de considérer le mari comme l'ayant-cause de la femme, pour le soustraire à l'action révocatoire, on ne parvient pas par ce moyen à expliquer que certains effets de la constitution de dot adressée à la femme se produisent directement en sa personne. Le constituant de la dot est tenu à garantie; il doit de plein droit, du jour du mariage, les fruits et intérêts de la dot. Personne ne contestera, je suppose, que le mari à qui la

femme a apporté les biens qui lui étaient donnés, ne puisse se prévaloir des textes qui imposent au donateur ces obligations exceptionnelles (1440, 1547 et 1548 C. civ.). C'est là un point de tradition constante⁽¹⁾, et, bien que la loi ne s'en explique pas formellement, aucune contestation n'est possible. Or le mari, en la seule qualité d'ayant-cause à titre onéreux de sa femme, serait réduit à des moyens d'action bien imparfaits; il exercerait les droits de sa débitrice et subirait le concours des autres créanciers de celle-ci; bien mieux, il y a telle circonstance où le mari ne pourrait exiger du constituant le paiement des intérêts ou la garantie d'éviction, faute qu'ils lui fussent dus par la femme. Encore une fois, personne n'a songé à contester que le mari pût se prévaloir, à l'encontre du constituant de la dot de sa femme, des effets attachés à la constitution de dot par l'article 1440 du Code civil. Bien que la constitution de dot soit adressée à la femme, et que ce soit uniquement de la femme que le mari tienne ses droits, au point de vue de la garantie et du cours des intérêts, on le traite comme l'ayant-cause à titre onéreux du constituant: je soutiens donc qu'au point de vue de l'action paulienne, il faut aussi le traiter comme tel, sans qu'il soit besoin de le considérer comme un sous-acquéreur à titre onéreux.

Reconnaissons, en effet, qu'en toute cette matière, l'influence de la dot romaine a été prépondérante; déjà nos anciens auteurs, faute d'analyser exactement la dot coutumière, traitaient le mari de la femme dotée comme l'ayant-cause à titre onéreux du constituant; le Code civil fait de même, tout en consacrant le droit

(1) Dans l'ancien droit, c'était même le mari seul qui pouvait se prévaloir de ces avantages.

dotal des pays coutumiers. Je pense qu'on peut néanmoins lui prêter un système logique et harmonieusement combiné.

Il ne faut pas exagérer l'idée d'après laquelle la constitution de dot adressée à la femme n'est qu'une donation dont la femme elle-même, et elle seule, transporte ensuite l'émolument au mari. Ces deux opérations sont distinctes, à la vérité ; mais si le constituant de la dot joue le rôle principal dans la première, il n'est pas étranger à la seconde. Le droit romain nous a fourni une situation analogue à celle que nous rencontrons ici : la constitution de dot était essentiellement l'attribution de certains biens au mari *ad sustinenda matrimonii onera* ; or, dans cet acte, nous avons découvert une acquisition procurée à la femme que nous avons déclarée, à raison de cet avantage, donataire du constituant. Le constituant est donateur de la femme par cela seul qu'il a su que les biens donnés lui seraient en définitive attribués et qu'il a voulu ce résultat. Ici, nous avons une situation inverse, mais très analogue : la constitution de dot est devenue avant tout une donation faite à un futur époux à l'occasion de son mariage ; mais quand cette libéralité s'adresse à la femme, presque forcément le régime matrimonial transporte au mari des droits plus ou moins étendus sur les biens qui forment la dot. A la vérité, ce sont les époux qui arrêtent les conventions matrimoniales, et c'est de la femme seule que le mari tient ses droits. Mais le constituant de la dot a connu les conventions matrimoniales et y a acquiescé ; on peut dire que c'est grâce à lui que le mari a acquis ses droits ; il a donné à la femme pour que le mari eût des ressources, comme à Rome il donnait au mari pour que la femme recueillît les biens dotaux une fois le mariage dissous.

Quand je dis que le constituant de la dot a connu les stipulations du contrat de mariage, je ne constate pas un fait de pratique constante, mais un résultat que la loi a voulu et qui se produit nécessairement. Le constituant a parlé au contrat, puisque la dot ne peut être constituée que par contrat de mariage; il a connu les stipulations du contrat au moment où elles intervenaient, et tous changements et contre-lettres ont dû en être approuvés par lui, à peine de nullité (1396 C. civ.). Libre de ne pas doter, il a certainement approuvé le régime adopté, il a consenti à ce que le mari acquit tels ou tels droits; il a voulu qu'il en fût investi. Cet acquiescement du constituant au régime adopté est tellement essentiel que l'art. 511 C. civ. réserve au conseil de famille d'un interdit, qui constitue une dot à l'enfant de celui-ci, le droit de contrôler les conventions matrimoniales, de peser sur les stipulations du contrat de mariage, comme le constituant l'aurait fait lui-même, s'il eût été capable.

Un rapprochement fera saisir ce que l'observation précédente a d'exact. Si un tiers fait une donation à une femme mariée, il est maître de soumettre les biens donnés à une autre régime que celui qui résulte du contrat de mariage : la femme avait-elle stipulé la séparation de biens, le donateur déclare que les valeurs qu'il lui donneront seront soumises au régime de communauté ou au régime d'exclusion de communauté. Est-il possible de nier qu'en pareille hypothèse, si, en droit, le mari est l'ayant-cause de sa femme, en fait, il soit redevable de ses droits au tiers donateur, puisque c'est ce tiers qui, pour lui conférer certains avantages, a écarté le régime stipulé par la femme? L'action du tiers est si manifeste et si décisive, qu'on serait presque tenté de déclarer le mari ayant-cause du donateur, et ayant-cause à titre gratuit,

puisque l'acte qui nous occupe, intervenu au cours du mariage, ne peut être qu'une pure donation. Ce serait téméraire ; mais, la tradition aidant, on peut soutenir, au contraire, que le mari d'une femme dotée est, quant à ses droits, l'ayant-cause du constituant ; car la volonté de ce dernier a pu avoir une influence prépondérante sur la fixation des droits du mari.

Un premier point peut donc être considéré comme acquis : dans la mesure des droits qu'il obtient sur les biens constitués en dot à sa femme, le mari est l'ayant-cause à titre onéreux du constituant.

La constitution de dot produira encore ses effets onéreux à l'égard de l'époux qui en est le bénéficiaire direct, soit le mari, soit la femme. Sur ce point, les avis sont très partagés. En tous cas, je repousse sans hésiter l'opinion qui voudrait traiter différemment la constitution de dot qui s'adresse au mari et celle qui s'adresse à la femme. Les charges du mariage sont le motif, le prétexte du caractère onéreux attaché à la constitution de dot ; or, dans notre droit, les époux contractent ensemble l'obligation de nourrir et d'élever leurs enfants ; ils assument donc, dans la même mesure, des charges que la dot les aide à porter. Après la dissolution du mariage, les devoirs moraux et les obligations légales qui incombent au survivant des époux sont absolument les mêmes, qu'il s'agisse du mari ou de la femme ; et, même pendant le mariage, cette dernière peut être contrainte de pourvoir aux besoins de la famille dans une proportion plus forte que celle qu'avait fixée le contrat. Il serait donc injuste qu'elle pût être trompée dans ses calculs et privée des ressources sur lesquelles elle avait compté. Une femme qui comprend ses devoirs et qui veut pouvoir les remplir hésitera autant qu'un homme prudent à contracter un mariage

dont les charges excèdent ses moyens : la dot qui l'a décidée au mariage doit donc lui être conservée (1).

Une opinion plus sérieuse est celle qui refuse au bénéficiaire de la constitution de dot, mari ou femme, la situation d'ayant-cause à titre onéreux du constituant. Elle n'en donne pas de motif spécial, mais invoque seulement la raison d'une portée très générale, pour laquelle nous avons dénié à la constitution de dot la nature d'acte à titre onéreux : le constituant ne reçoit pas d'équivalent, et un acte par lequel une des parties s'appauvrit ne peut être que gratuit. On voit le vice de ce raisonnement : il faut bien cependant que la constitution de dot produise à l'égard de quelqu'un les effets exceptionnels que la loi lui attribue. Dira-t-on qu'elle les produit vis-à-vis du mari, et quant aux droits qu'il acquiert sur les biens constitués à sa femme ? Je ferai à cela plusieurs réponses. D'abord, la constitution de dot adressée à la femme pourra seule produire certains effets des actes onéreux ; et, cependant, dans notre droit, la constitution de dot, qui ne se distingue des donations que par les effets exceptionnels que la loi y attache, peut s'adresser au mari ou à la femme, peut être faite par les père et mère à l'un quelconque de leurs enfants, fils ou fille (arg. art. 1438, 1439, 1469, etc.). En outre, la constitution de dot adressée à la femme, et considérée au point de vue spécial des droits qu'elle procure au mari, ne présente pas plus les éléments d'un acte à titre onéreux que la donation contractuelle faite à l'un des époux, puisque, comme nous l'avons démontré, le mari ne peut pas être considéré uniquement comme l'ayant-cause à titre

(1) Quant à l'opinion qui, à l'inverse de la précédente, veut traiter le mari doté comme un acquéreur à titre gratuit, et la femme dotée comme un acquéreur à titre onéreux, je ne sais sur quoi elle se fonde.

onéreux de la femme dotée, et qu'il faut voir en lui l'ayant-cause direct du constituant : or, le constituant ne reçoit pas plus d'équivalent du mari de la femme dotée que de la femme elle-même. Les charges du mariage peuvent seules être alléguées pour justifier à son égard le caractère onéreux de la constitution de dot ; elles doivent donc suffire à faire produire à cet acte ses effets onéreux à l'égard de l'époux doté lui-même, mari ou femme.

Qu'on ne nous reproche pas d'étendre par voie d'analogie les dispositions de la loi : les art. 1440, 1547 et 1548 ne disent pas à l'égard de qui la donation contractuelle produira certains effets des actes à titre onéreux ; la tradition et la raison commandent d'en faire l'application au mari dans la mesure des droits qu'il a acquis sur les biens donnés à la femme ; mais la teneur même de ces textes n'implique-t-elle pas qu'ils pourront être invoqués par l'époux doté lui-même ? Donc, la constitution de dot doit être considérée comme un acte à titre onéreux vis-à-vis de l'époux doté ; et, en conséquence, il pourra non seulement invoquer les dispositions de l'article 1440, mais il pourra prétendre avec succès être traité comme un acquéreur à titre onéreux au point de vue de l'action paulienne. Il est, en effet, de tradition constante que c'est là une des conséquences du caractère onéreux de la constitution de dot.

Mais c'est seulement le conjoint bénéficiaire direct de la constitution de dot, et le mari d'une femme dotée, dans la mesure des droits par lui acquis à titre de dot sur les biens constitués à sa femme, qui verront se produire en leur personne les effets onéreux de la constitution de dot. Il ne faut pas exagérer ni étendre l'idée suivant laquelle le mari est l'ayant-cause du tiers qui a doté sa femme ; il faut bien se garder de prétendre

que chaque époux, pour les droits qu'il a obtenus du contrat de mariage sur les biens constitués en dot à son conjoint, pourra se dire l'ayant-cause à titre onéreux du constituant. Voici comment on pourrait être tenté de raisonner : le constituant de la dot n'a pas seulement connu et approuvé les conventions matrimoniales qui réglaient l'apport de la femme ; il a connu toutes les stipulations qui opéraient entre les époux des déplacements de valeurs, et il y a acquiescé ; ne faut-il pas dire, comme nous le reconnaissons à propos de la contribution fournie par la femme, que l'auteur de la donation contractuelle est censé avoir procuré lui-même au conjoint de l'époux doté les droits dont il est investi sur les biens donnés ? D'autre part, comme l'un ou l'autre époux, mari ou femme, est à certains égards traité comme un acquéreur à titre onéreux du tiers qui, par contrat de mariage, lui a fait une donation principale, directe, pourquoi chaque époux ne serait-il pas acquéreur à titre onéreux, à raison des droits accessoires qu'il tiendrait de l'auteur d'une constitution de dot adressée à son conjoint ? Les droits qu'il peut obtenir par suite d'une libéralité dont il n'est pas le bénéficiaire principal, sont tout autant de nature à le décider au mariage qu'une constitution de dot dont il recueille les avantages immédiats.

Ce raisonnement serait de nature à nous entraîner bien loin : il faut en examiner soigneusement les conséquences.

Supposons d'abord que c'est par le jeu du régime de communauté qu'un époux a recueilli une partie des biens qui avaient été constitués en dot à son conjoint. Tant que dure la communauté, la situation est assez simple. La mise par la femme de certains biens dans la communauté, représentant sa contribution aux charges du mariage, sa dot, le mari doit être considéré comme

l'ayant-cause à titre onéreux du tiers qui a constitué à la femme une dot tombée en communauté ; il est indéniable qu'il a directement contre le constituant des droits qui lui sont précieux ; s'il était seulement l'ayant-cause de la femme, il ne pourrait le plus souvent agir contre elle en garantie, et lui réclamer les intérêts et fruits de biens ou de valeurs qu'elle tient d'un tiers et qu'elle a versés en communauté. Sous le régime de communauté, en effet, l'apport de la femme consiste le plus souvent en une universalité de biens et ne donne pas lieu à garantie. Pour le même motif, la femme, le plus souvent, ne devra pas au mari les fruits et revenus d'un apport qu'elle n'a pas effectué. Ayant-cause direct du constituant de la dot, et ayant-cause à titre onéreux, le mari exigera de lui la garantie à raison de l'éviction, et les intérêts et fruits des biens que la femme aurait mis dans la communauté, s'il les lui avait fournis conformément à sa promesse. Quant à la femme, tant que dure la communauté, elle ne peut se plaindre de ce que le mari n'a pas mis dans le fonds commun une valeur ou un bien qu'un tiers lui avait constitué en dot et qui a été évincé ou n'a pas été fourni.

La communauté est dissoute, et le partage a mis dans le lot d'un des époux des biens qui avaient été compris dans une constitution de dot adressée à son conjoint, et étaient de son chef tombés en communauté. L'éviction se produit : outre le droit de recours incontesté qui lui appartient contre son copartageant, le conjoint évincé peut-il recourir en garantie contre le constituant de la dot ? Peut-il prétendre qu'il tenait du tiers généreux, qui a donné à son conjoint des biens destinés à tomber en communauté, le bien dont il a été évincé ? S'il réussit dans sa prétention, son avantage sera évident : il se peut, en effet, que le conjoint du chef duquel le bien est

tombé en communauté ne doive pas à la communauté la garantie d'éviction ; c'est même ce qui arrivera le plus souvent ; il ne devra donc à son conjoint que la garantie de partage, et s'acquittera en lui payant la moitié du bien évincé ; l'égalité se trouvera ainsi rétablie. Cette situation ne fait pour moi aucun doute, et je décide, tout à l'inverse, que si un des conjoints, après partage de la communauté, est évincé d'un bien qu'il avait mis lui-même en communauté, sans devoir de ce chef la garantie d'éviction, il pourra agir en garantie contre son copartageant et obtenir une indemnité égale à la moitié du bien évincé. Au contraire, l'action en garantie exercée contre le constituant de la dot par l'époux doté lui-même, dans le cas où le bien qui lui a été constitué en dot, et qu'il a mis en communauté, a été placé dans son lot, lui fera obtenir la valeur totale du bien évincé. Le conjoint de l'époux doté, évincé du bien mis dans son lot, pourra-t-il recourir directement contre le constituant, comme s'il était son ayant-cause ?

Si on tranchait cette question par l'affirmative, il faudrait dans cette voie aller beaucoup plus loin. Nous avons dit que l'acquisition que réalisait un époux, par suite d'une donation par contrat de mariage que lui avait adressée son conjoint, était purement gratuite. Si on déclarait que chaque époux, dans la mesure des droits qu'il a acquis sur les biens constitués en dot à son conjoint, est l'ayant-cause direct du constituant, il faudrait admettre que l'époux auquel son conjoint a fait une donation contractuelle avec les biens qu'il a reçus en dot, est acquéreur à titre onéreux du constituant (1).

(1) Quand un époux doté a employé les biens qui lui étaient constitués en dot à faire une donation par contrat de mariage à son futur époux, le conjoint donataire n'est pas l'ayant-cause du constituant. Mais on peut concevoir que les parents d'un des époux, au lieu de constituer à leur

On arriverait ainsi à une conséquence absurde. L'idée qui établit un rapport d'auteur à ayant-cause entre le constituant d'une dot et le conjoint de l'époux doté doit être renfermée dans d'étroites limites. Ce n'est guère qu'une fiction pour expliquer comment le mari, dans la mesure de la contribution de la femme, est autorisé à se prévaloir directement des conséquences dérogatoires au droit commun des donations, attachées à la constitution de dot. C'est la tradition qui explique qu'on le traite comme l'ayant-cause du constituant; et, en raison, cette décision peut se justifier, puisque le constituant a connu les droits que le mari allait acquérir sur les biens donnés, et y a acquiescé. Il a bien connu aussi tous les avantages que les époux pouvaient se faire sur les biens constitués en dot; mais la tradition n'autorise pas à dire qu'il est lui-même l'auteur de ces avantages. Ils sont et demeurent le résultat d'actes intervenus entre les époux, et doivent être traités suivant la nature reconnue à ces actes : acquisitions à titre onéreux, s'ils résultent d'une mise en communauté : bénéfices gratuits, s'ils proviennent de donations entre futurs époux.

Est-il besoin, après cette observation, de déterminer l'exacte portée de la fiction légale qui répute le mari ayant-cause direct du constituant? Nous nous occupons des effets spéciaux aux actes à titre onéreux qui sont attachés aux donations contractuelles; mais ces donations produisent plusieurs effets des actes à titre gratuit, et même leurs effets les plus importants, ceux que la convention ne peut empêcher une donation ordinaire

enfant une dot qui lui servira à gratifier son conjoint, fassent directement une donation contractuelle au fiancé de leur enfant : le donataire est alors leur ayant-cause, et est, à plusieurs points de vue, traité comme leur ayant-cause à titre onéreux. (V. Agen, 5 février 1885; Sirey, 86, II, 31.)

de produire. N'est-il pas évident que c'est dans un intérêt tout spécial, et pour le faire bénéficier directement des conséquences du caractère onéreux de la constitution de dot, que la loi répute le mari ayant-cause du constituant? Personne ne songerait à le soumettre aux conséquences qui ont été conservées à la constitution de dot, et qu'elle continue à produire suivant sa nature d'acte à titre gratuit.

CHAPITRE III

CONSÉQUENCES DE LA NATURE RECONNUE A LA CONSTITUTION DE DOT

Refusant à la constitution de dot la nature d'un acte à titre onéreux, nous avons eu grand'peine à déterminer comment les époux peuvent être admis à invoquer les conséquences que la loi en fait découler; les bénéficiaires de cette libéralité ne peuvent en effet se prévaloir du caractère onéreux de leur acquisition, pour profiter des effets exceptionnellement reconnus à l'acte qu'ils invoquent. La tradition et l'intelligence de la constitution de dot, telle que l'organise le droit moderne, peuvent seules indiquer la solution de ces questions délicates. Aussi est-on surpris de la facilité avec laquelle certains interprètes la tranchent, par cette affirmation vraiment stupéfiante que la constitution de dot est un acte à titre onéreux! Il nous reste à passer en revue les effets spéciaux aux actes à titre onéreux que la constitution de dot produit; nous indiquerons en terminant les effets qu'elle comporte en sa qualité d'acte à titre gratuit. Nous présenterons simultanément le tableau des effets de la constitution de dot en tant qu'apport de la femme au mari, et les effets de la donation contractuelle adressée par un tiers à un futur époux; il est en effet d'usage de les rapprocher. Mais nous ne perdrons pas de vue que l'acte qui intervient entre le mari et la femme

.

est réellement onéreux, tandis que la donation contractuelle est un acte à titre gratuit ; cependant leurs effets sont à bien des égards analogues.

SECTION PREMIÈRE

EFFETS SPÉCIAUX AUX ACTES A TITRE ONÉREUX PRODUITS PAR LA CONSTITUTION DE DOT

I. — *Les intérêts de la dot sont dus de plein droit.*

La règle qui fait courir de plein droit les intérêts de la dot, à compter du jour du mariage, n'était pas romaine ; comment l'ancien droit l'avait-il imaginée ? On peut croire qu'elle a été déduite d'un texte du droit romain qui aurait été non pas faussement interprété, car sa disposition ne prête pas à équivoque, mais étendu par voie d'analogie : encore faut-il reconnaître que l'analogie n'était qu'apparente et l'extension injustifiable.

Si nous consultons Domat ⁽¹⁾, il nous apprend que la règle qui fait courir de plein droit les intérêts de la dot a sa source dans la loi 31, § 2 au Code (v, 12). C'est le texte qui, après deux années écoulées depuis le mariage dissous, fait courir les intérêts de la dot contre le mari débiteur de sa restitution. On n'aperçoit pas de bonne raison pour appliquer au paiement de la dot une règle qui avait été écrite en vue de sa restitution. Cependant Domat et ses annotateurs n'hésitent pas à rapprocher les deux hypothèses, sans se méprendre aucunement sur la situation que règle la loi 31, § 2.

(1) *Lois civiles*, III, v, 1, art. 7.

Le rapprochement de deux hypothèses si dissemblables ne paraît pas justifier l'origine de la disposition qui nous préoccupe. Cependant, il était assez familier à nos anciens auteurs : Roussilhe (1), accessoirement à notre question, s'occupe des intérêts dus à la femme ou à ses héritiers par le mari, débiteur de la restitution de la dot. Faute d'explication plus plausible, c'est ainsi que nous rendrons compte du cours de plein droit des intérêts de la dot, à compter du mariage. Cette décision a d'autant moins de rapport avec la disposition contenue dans la loi 31, § 2, que c'était seulement à l'expiration d'un certain délai que le mari, tenu de la restitution de la dot, en devait les intérêts. Avouons, toutefois, que la pratique ancienne ne laissait pas au mari le bénéfice du délai de deux ans porté dans la loi 31, § 2; il appartenait au juge de lui accorder un délai quand l'équité l'exigeait ainsi (2).

Même quand une dette dérive d'un acte à titre onéreux, les intérêts de la somme promise ne sont pas dus de plein droit; les articles 1440 et 1548 C. civ. contiennent donc une importante dérogation au droit commun.

Les intérêts sont dus de plein droit, quand la dot est constituée en argent; ils se calculent au taux légal, à moins que la convention n'ait fixé un taux différent, en prévision d'un retard apporté au paiement (3); mais l'intérêt stipulé ne peut jamais excéder 5 pour 100. Dans l'ancien droit, le Parlement de Bordeaux admettait que si le taux légal avait varié depuis la célébration du mariage, les intérêts devaient se calculer au taux qui

(1) *Traité de la dot*, n° 331.

(2) DOMAT, *Lois civiles*, III, v, 4, art. 7. ROUSSILHE, *De la dot*, n° 331.

(3) SIREY, 1834, I, 597.

était, à cette époque, fixé par la loi (1). Cette jurisprudence ne pourrait plus être suivie ; à supposer que le taux de l'intérêt vint à varier, les intérêts se calculeraient distinctement pour chaque période pendant laquelle un certain taux aurait été usité ; cette solution s'imposerait surtout si le taux de l'intérêt avait été abaissé.

Si une chose frugifère a été constituée en dot, les intérêts sont de la valeur des fruits de cette chose. Enfin, si la chose constituée en dot n'est pas frugifère, les intérêts ne courent pas, mais il peut être obtenu des dommages-intérêts pour retard. Si, en particulier, il a été constitué en dot une créance non productive d'intérêts, il est manifeste qu'il n'en peut être exigé ni du débiteur ni du créancier. En résumé, la compensation due à l'époux doté se calcule sur le bénéfice qu'il était en droit d'attendre et qui lui a fait défaut. Voilà pourquoi l'opinion d'après laquelle il faut fixer les intérêts en les calculant à 5 pour 100 de la valeur de la chose promise, fût-elle non frugifère, est inadmissible.

L'article 1440 C. civ. tranche une question qui donnait lieu autrefois aux plus vives controverses, en déclarant que les intérêts sont dus même s'il y a un terme pour le paiement de la dot promise (2).

(1) TESSIER, *Traité de la dot*, I, p. 162.

(2) Cette opinion n'était guère enseignée que par BOURJON (*Droit commun*, tit. 2, ch. 10, sect. 1, dist. 1, n° 4) ; ROUSSILHE, (n°s 315 et suiv.) ne faisait courir les intérêts que du jour de l'échéance du terme, et enfin DENISART, au mot *dot* (§ 18, n°2), rapporte un arrêt du 17 avril 1744, d'après lequel, quand la dot avait été constituée par un étranger, les intérêts n'en étaient dus, une fois le terme arrivé, que du jour de la demande. Le parlement de Bordeaux appliquait la distinction suivante : les intérêts de la dot étaient dus avant l'arrivée du terme, à moins que le constituant n'eût pourvu aux besoins de la famille par le paiement anticipé d'une partie de la dot. Encore semble-t-il que si la dot avait été constituée par un collatéral ou un étranger, il ne devait jamais les intérêts qu'à l'arrivée du terme. (TESSIER, I, p. 162.)

Les intérêts de la dot se prescrivent par cinq ans, conformément à l'article 2277. Dans le ressort du Parlement de Bordeaux, les intérêts ne se prescrivaient que par trente ans. Mais tous les auteurs ne partageaient pas ce sentiment; ils prétendaient qu'au bout de dix ans, le mari était censé avoir fait remise des intérêts. Cette remise tacite, qui était admise à l'égard de tout constituant, ôtait toute application à la prescription de trente ans. J'ajoute enfin que Roussilhe devait admettre la prescription quinquennale, puisqu'il nous dit au n° 328 de son *Traité de la dot* : « Si du capital de la dot l'on a formé un contrat de rente, les arrérages ne sont pas sujets à la prescription de cinq ans; ils peuvent être demandés de vingt-neuf ans, comme d'une rente foncière. » L'ancien droit était donc très incertain, et l'on ne peut invoquer une pratique bien affermie pour soustraire les intérêts de la dot à la prescription quinquennale.

La courte prescription à laquelle sont soumis les intérêts de la dot ne laisse guère d'importance à une question qui s'est posée dans l'ancien droit. « Quelques-uns ont prétendu, nous dit le Brun ⁽¹⁾, que les intérêts des deniers dotaux en produisaient d'autres depuis la demande en justice. » Un arrêt du 7 septembre 1621 en avait décidé ainsi; le Brun cite en sens contraire un arrêt du 19 janvier 1684. Quant à Roussilhe, il déclare, au n° 329 de son *Traité de la dot*, « que les intérêts échus des sommes dotales en produisent d'autres sur la même partie lorsqu'en en forme la demande et qu'on les fait liquider. » L'ancien droit avait donc une tendance, dans notre matière, à admettre l'anatocisme, qui était cependant prohibé d'une manière bien plus absolue que par

(1) *Successions*, l. II, ch. VII, sect. 1^{re}, n° 21.

notre Code. Aujourd'hui, les intérêts des biens constitués en dot pourront eux-mêmes produire des intérêts aux conditions prévues par l'article 1154.

Enfin, est-il besoin d'ajouter que la convention peut décider que les intérêts de la dot ne courraient pas ? Cette faculté, qui n'est guère pratique que quand la dot est promise à terme, est formellement réservée au constituant par les derniers mots de l'article 1440. Si la convention qui empêche les intérêts de courir porte l'indication d'un délai, ce délai expiré, ils courent de plein droit (1).

Ces questions de détail ainsi résolues, il nous reste à indiquer à qui est imposé le paiement des intérêts, et qui peut le réclamer. Les principes que nous avons dégagés plus haut nous permettent de répondre en peu de mots.

Les intérêts courent de plein droit contre la femme à raison de la contribution qu'elle a promise au mari par contrat de mariage ; ils courent contre le tiers qui a adressé une donation contractuelle à l'un ou l'autre des époux.

Dans le premier cas, c'est le mari (ou ses héritiers) qui peut réclamer les intérêts ; dans le second cas, c'est l'époux (2) auquel la donation contractuelle a été faite, et, en outre, le mari de la femme dotée pour ceux des biens donnés qui ont été compris dans l'apport, dans la contribution que lui a promise la femme. Mais je n'ai pas admis que l'acquisition faite par un conjoint d'un bien constitué en dot à son époux, par suite du régime de communauté, ou en vertu d'une donation par contrat

(1) La réserve de l'usufruit des biens donnés empêche les intérêts de courir. (Cass., 15 mars 1827.)

(2) En particulier, la donation faite au mari par contrat de mariage produit intérêts conformément à l'art. 1440. (Cass., 13 mars 1827.)

de mariage, donnât au donataire action contre le constituant de la dot.

L'obligation, à laquelle la femme est astreinte, de payer au mari les intérêts de la contribution qu'elle a promise et non effectuée, appelle quelques observations. Elle paraît très simple à quelques interprètes. Elle s'explique, suivant M. Guillouard, « par le texte des articles 1440 et 1548, qui ne fait pas de distinction suivant » la personne par laquelle la dot est constituée. » C'est peut-être oublier que la constitution de dot à laquelle procède la femme, et la donation contractuelle faite par un tiers, sont, dans notre droit, deux actes très différents. La place des articles 1440 et 1548, à la suite de textes qui réglementent la constitution de dot adressée par les père et mère à leurs enfants, révèle bien que c'est uniquement à la donation contractuelle que le législateur a songé. Sans doute, on rencontre bien dans l'opération intervenue entre le mari et la femme tous les éléments d'un acte à titre onéreux ; mais les obligations dérivant d'un tel acte n'emportent pas pour cela cours de plein droit des intérêts de la somme promise. Force nous est donc, pour expliquer l'obligation imposée à la femme, d'invoquer l'ancien droit, qui assimilait la dot émanant de la femme et la dot émanant d'un tiers, l'apport de la femme au mari et la donation contractuelle, et de citer cette phrase de Roussilhe, rappelée d'ailleurs par M. Guillouard : « Une femme riche qui, d'elle-même, se constitue telle somme à prendre sur ses biens, en doit les intérêts du jour de la bénédiction nuptiale ; lesquels intérêts se prennent sur le surplus des biens qui sont censés réservés comme parapher-naux (1). » Cela nous indique que la femme n'est tenue

(1) *Traité de la dot*, n° 319.— Cf. *Nouveau Denisart, Dot*, § XVIII, n° 3.

de payer au mari les intérêts de la contribution qu'elle lui a promise et qu'elle n'a pas effectuée, qu'autant qu'elle ne lui a pas transporté la jouissance de tous ses biens. Dans l'hypothèse où la femme a stipulé la clause de réalisation tacite connue sous le nom de clause d'apport, elle est débitrice du bien ou de la valeur qu'elle a promis de mettre en communauté. Nous verrons que c'est une des hypothèses exceptionnelles où la mise par les époux de certains biens dans la communauté donne lieu à garantie; mais la femme doit-elle, au cours du mariage, les intérêts de la somme qu'elle a promis d'apporter et qu'elle n'a pas versée? Oui, à mon sens, si elle a des biens dont elle s'est réservé la jouissance. Mais si tous ces autres biens sont des propres de communauté, dont le mari a déjà la jouissance comme chef de la communauté, on ne peut contraindre la femme à prendre sur la nue propriété de ses propres de quoi payer les intérêts de l'apport qu'elle a promis (1). Ainsi, la femme ne doit même pas les intérêts de la dot dans tous les cas où elle en doit garantie.

C'est aussi à l'ancien droit que la pratique moderne emprunte les particularités suivantes, qu'il faut limiter à la dot provenant de la femme. Si le mari était décédé sans avoir réclamé les intérêts de la dot à sa femme ou à ses héritiers, il était présumé les avoir donnés (2). La jurisprudence du parlement de Bordeaux admettait même, en cas de mort du constituant de la dot, une

(1) Si on admettait qu'en pareil cas la femme dût les intérêts de sa dot, il faudrait soutenir qu'en cas d'éviction des biens qui avaient fait l'objet de la clause d'apport, et après que la femme, tenue de la garantie, aurait mis à la place un de ses propres en communauté, elle continuerait à devoir les intérêts de son apport, puisque, sans cela, la communauté serait toujours frustrée d'une jouissance.

(2) ROUSSILHE, *Traité de la dot*, n° 317.

remise tacite des intérêts dus non seulement par la femme, mais aussi par un tiers. Cette présomption n'était guère justifiable et ne saurait plus être admise. Mais on pourrait encore soutenir que le mari qui meurt sans avoir exigé les intérêts de la dot, qui lui étaient dus par la femme, lui en a fait remise : cette manière de voir, qu'on faisait reposer sur la loi 54 au Digeste, *de Donat. int. vir. et ux.*, avait en effet un assez grand crédit. Un arrêt du 10 décembre 1816, par lequel la Cour de cassation confirme une décision de la Cour de Montpellier du 6 août 1816, a appliqué cette loi 54 : il est vrai que le mariage avait été contracté à une époque où le droit écrit était encore en vigueur ; mais cette circonstance n'était pas de nature à influencer sur la décision de la Cour suprême.

Rappelons enfin qu'à Rome, la femme, *deducta in domum mariti absentis*, qui s'entretenait à ses frais, ne devait pas les intérêts de la dot, à supposer qu'elle lui eût promis, car ils ne couraient pas de plein droit. On peut se demander si, dans notre droit, il serait légitime d'apporter cette réserve aux articles 1440 et 1548, soit que la dot eût été promise par la femme, soit même qu'elle eût été constituée à la femme par un tiers qui, jusqu'au jour du paiement, aurait pourvu aux besoins de celle-ci. Roussilhe enseignait (n° 318) que si le mari n'avait pas nourri sa femme, il fallait lui refuser le paiement des intérêts, et même exiger de lui leur remboursement : le droit romain n'était jamais allé jusque-là. Pour refuser au mari le paiement des intérêts qui lui sont dus, on peut observer qu'il a été exonéré d'une charge qui lui incombait, et dont les intérêts de la dot devaient lui permettre de s'acquitter. Mais le plus sage est de suivre à la lettre le texte de la loi ; d'autant que l'opinion contraire donnerait lieu à des règlements très

déliçats (1). Quant à reprendre au mari les intérêts qu'il a perçus, c'est inadmissible.

II. — *La garantie d'éviction.*

On se rappelle que la constitution de dot ne donnait pas lieu, en droit romain, à recours en garantie pour cause d'éviction. Ce recours est au contraire ouvert par notre loi; il était déjà admis dans l'ancien droit, où Bourjon le déclarait applicable dans tous les cas, sauf quand l'éviction provenait du fait du prince (2). Mais si le droit romain n'admettait pas, en principe, la garantie d'éviction, il accordait au mari différents recours qu'on a dû confondre avec elle. L'admission de la garantie par notre ancien droit s'explique donc naturellement; et Domat, affirmant que la garantie est due « selon qu'il est convenu, ou selon les règles de la garantie que doivent ceux qui vendent ou transportent (3), » invoque la loi 1 au Code, *de Jure dotium*, et la loi 52, § 1, *de Actionibus empti et venditi* : or, la première de ces lois énumère les différents recours qui tiennent lieu au mari de la garantie qui ne lui appartient pas; et la seconde admet la garantie, parce que le fonds constitué en dot avait été l'objet d'une estimation.

L'action en garantie qui naît à l'occasion de l'éviction des objets remis en dot, au profit des personnes que nous allons déterminer, ne présente aucune particula-

(1) En sens contraire, DELVINCOURT, II, p. 332, n. 8. — Le constituant sera donc tenu de payer au mari les intérêts de la dot; mais s'il a pourvu aux besoins de la femme, il pourra, de ce chef, être créancier du mari. Cette décision est seule juridique et équitable; comme l'observait Denisart, les charges du mariage ne se bornent pas toujours aux dépenses personnelles de la femme. (Nouv. DENISART, *Dot*, § XVIII, n° 6.)

(2) *Droit com. de la Fr.*, titre II, ch. 10, §§ 4 et 5.

(3) DOMAT, *Lois civiles*, I, IX, 2, art. 24 et 25.

rité notable. Il faut lui appliquer les règles de la garantie en matière de vente, sauf qu'il ne saurait être question d'un prix que le donataire pourrait recouvrer; c'est une indemnité représentative de la valeur qu'avait la chose évincée lors de la célébration du mariage, ce sont des dommages-intérêts qui seront obtenus (1).

La garantie est due à la fois par la femme au mari, si les valeurs qu'elle lui a apportées ont été l'objet d'une éviction, et par un tiers qui a fait une donation contractuelle soit au mari, soit à la femme. S'agissant d'une constitution de dot émanant de la femme, la garantie sera poursuivie contre elle ou ses héritiers par le mari ou les héritiers du mari. Elle sera poursuivie contre l'auteur de la donation contractuelle ou ses héritiers, d'abord par celui des époux auquel la libéralité était adressée; et, si elle était faite à la femme, par le mari, dans la mesure des droits que la femme lui a conférés sur les biens donnés et qui représentent la contribution de celle-ci. Mais le constituant de la dot n'est exposé à aucun recours de la part du conjoint de l'époux doté, à raison des droits que celui-ci a acquis sur les biens donnés, par suite des règles de la communauté ou d'une donation contenue dans le contrat de mariage (1440 et 1547 C. civ.).

Il nous reste à développer ces propositions, dont la justification a été présentée plus haut.

Le mari peut agir en garantie contre la femme elle-même, quand il est évincé des biens qui forment sa contribution, son apport. Cette solution ne fait pas difficulté : d'abord elle est traditionnelle; en outre, l'acte intervenu entre le mari et la femme est un acte à titre

(1) Quand la dot consiste en une créance, il faut appliquer les articles 1693 et 1695. Le constituant ne garantit que l'existence de la créance : si la créance est nulle, l'indemnité qu'il doit est égale à la somme que les époux auraient obtenue du débiteur, si la créance eût été valable.

onéreux, et la garantie qu'on y attache est conforme à sa nature.

Mais l'apport de la femme au mari ne peut pas, sous tous les régimes, être l'objet d'une éviction qui donne lieu à la garantie. N'est-ce pas évident dans la séparation de biens, où la femme ne doit qu'une contribution en jouissance ? Dans le régime sans communauté, un bien compris dans l'apport de la femme pourra bien être l'objet d'une éviction, mais la garantie ne sera pas due pour cela, parce que la femme a procuré au mari la jouissance de sa fortune totale, telle qu'elle se comportait, et ne lui a pas assuré la jouissance d'un certain capital. C'est pour le même motif que la garantie n'a généralement pas sa place dans la communauté. Elle se comprend surtout dans le régime dotal, quand la femme n'a pas frappé de dotalité l'universalité de ses biens présents ou à venir : évincé d'un objet qui a fait l'objet d'une déclaration expresse de dotalité, le mari recourra contre la femme et obtiendra indemnité sur les paraphernaux.

La communauté conventionnelle donne lieu parfois à garantie ; mais, en pareil cas, chaque époux y a droit de la même manière vis-à-vis de son conjoint ; elle s'explique par l'idée d'une société qu'ils ont formée, d'un contrat à titre onéreux qu'ils ont conclu et qu'ils doivent exécuter. Toutefois, tant que dure le mariage, la femme ne peut agir en garantie contre le mari, tandis que ce droit appartient au mari contre la femme ; c'est que, de la part de cette dernière, sa mise en communauté représente sa contribution aux charges du mariage.

La garantie que peut devoir la femme au cours même du mariage, quand elle s'est soumise à certaines formes de la communauté conventionnelle, n'est donc pas une conséquence du caractère onéreux de sa mise en com-

munauté, en tant que mise en société; c'est une suite du principe d'après lequel elle doit la garantie des objets qu'elle a apportés en dot. Nous pouvons donc indiquer, sans sortir de notre sujet, que la femme qui a stipulé la clause de réalisation tacite connue sous le nom de clause d'apport est débitrice des biens qu'elle a promis, et qu'elle est tenue de la garantie d'éviction (1).

La clause d'ameublement déterminé donne aussi lieu à garantie. Sous le nom d'ameublement déterminé, l'art. 1506 désigne la mise en communauté de tel immeuble, *en tout*, ou *jusqu'à concurrence d'une certaine somme* (2). On a souvent reproché à la loi de réunir sous une même dénomination deux opérations très différentes, l'ameublement d'un immeuble pour le tout, qui met cet immeuble en communauté, et l'ameublement d'un immeuble jusqu'à concurrence d'une certaine somme, qui, à l'instar de l'ameublement indéterminé, permet seulement à la communauté, tant qu'elle dure, de se servir du crédit de l'immeuble, et oblige l'auteur de l'ameublement à comprendre cet immeuble dans la communauté dissoute jusqu'à concurrence de la somme promise. Nous nous garderons de critiquer la loi : grammaticalement, les termes dont elle se sert sont seuls exacts, puisque, dans les deux clauses qu'elle réunit sous le nom d'ameublement déterminé, il y a une stipulation relative à un immeuble précis et désigné. Mais surtout, c'est justement au point de vue de la

(1) Art. 1501 C. civ. — Si la clause d'apport avait pour objet une créance appartenant à la femme, en cas de non paiement, elle pourrait prouver que c'est par la négligence du mari que le paiement n'a pas été obtenu. Le mari, au contraire, si la créance avait été apportée par lui, devrait fournir autre chose.

(2) L'ameublement d'un immeuble jusqu'à concurrence d'une certaine quotité est une opération identique à l'ameublement d'un immeuble pour la totalité.

garantie qu'il y a lieu d'assimiler l'ameublement d'un immeuble pour la totalité à l'ameublement jusqu'à concurrence d'une certaine somme : la garantie est due de la valeur totale de l'immeuble ou de la somme promise (1). Au contraire, il ne peut y avoir lieu à garantie quand un époux a ameubli tous ses immeubles jusqu'à concurrence d'une certaine somme (ou pour toute leur valeur), ce qui est l'ameublement indéterminé : il a seulement voulu procurer crédit à la communauté avec sa fortune immobilière, telle qu'elle se comportait ; en pareil cas, l'indication d'une certaine somme n'est pas destinée à assurer à tout événement cette somme à la communauté ; elle est écrite au contraire dans l'intérêt de l'époux, qui veut qu'en tous cas sa mise ne dépasse pas un certain chiffre.

On peut enfin, sans s'éloigner de la matière de la garantie, signaler le recours qui appartient au mari, pendant le mariage, contre le tiers qui a déclaré la femme franche et quitte de toutes dettes. Le paiement par la communauté des dettes d'un époux ne donne jamais lieu à un recours immédiat contre cet époux, même quand il doit garantie, par exemple en cas de clause d'apport : il y a lieu seulement à récompense à la dissolution de la communauté, en particulier si l'époux, dont la dette a été payée, est séparé de dettes. La déclaration de franche et quitte quand un

(1) Il faut avouer que la garantie n'était pas admise par tous nos anciens auteurs. Quelques-uns l'admettaient, d'autres la refusaient, d'autres, enfin, ne l'accordaient que quand l'ameublement avait eu pour but d'égaliser la mise des époux en communauté. Après avoir suivi cette étrange distinction, Pothier accorde dans tous les cas la garantie. (Cf. *Cout. d'Orléans*, t. X, n° 53, et *Traité de la com.*, n° 311 *in fine*.) C'est le seul parti possible : entre les époux, les conventions matrimoniales sont un contrat commutatif, et c'est seulement dans l'intérêt d'enfants nés d'un autre mariage qu'on peut y voir un acte à titre gratuit.

tiers y a procédé au nom de la femme, donne lieu contre lui à un recours qui fait obtenir au mari, ou plutôt à la communauté, la somme qu'elle a déboursée : elle n'est pas réduite à une simple récompense à la dissolution du mariage. Forcé de payer, l'auteur de la déclaration a d'ailleurs contre la femme un recours en indemnité qu'il ne peut exercer qu'à la dissolution du mariage, mais qui lui fait recouvrer, outre la somme qu'il a déboursée, les intérêts qu'elle aurait produits. (1513 C. civ.)

La garantie qui peut être due par la femme au mari à raison de la contribution qu'elle a promise réclamait seule des développements spéciaux. Quant à la garantie qui est due par l'auteur d'une donation contractuelle à l'époux doté, ou qui est due, pendant le mariage, au mari de la femme dotée, dans la mesure de ses droits (1), nous l'avons expliquée par avance. Relevons, cepen-

(1) Faut-il admettre que le mari d'une femme dotée a droit à la garantie contre deux personnes différentes en cas d'éviction des biens qui forment la contribution de la femme aux charges du mariage : d'abord contre la femme elle-même, qui doit garantie au mari en cas d'éviction d'un bien qu'elle a reçu d'un tiers, comme dans le cas où elle se dote *de suo*, et en outre contre le tiers constituant ? Ce double recours serait très avantageux au mari ; il y aura telle hypothèse où il n'aurait pas la garantie contre la femme, parce que le régime adopté n'y donnerait pas lieu, et où elle lui serait cependant ouverte contre le constituant. En outre, en cas d'insolvabilité du constituant, il aurait action contre la femme. Mais le cumul de ces deux actions en garantie est plus que douteux ; l'ancien droit ne l'aurait certainement pas admis. Les auteurs, qui ne veulent voir dans le mari qu'un ayant-cause de la femme, doivent lui donner la garantie contre celle-ci, et arrivent sans doute au cumul des deux recours : pour nous, qui, au point de vue des effets onéreux de la constitution de dot, considérons le mari comme l'ayant-cause du constituant, il est plus prudent de ne lui donner de recours que contre ce dernier. Mais c'est uniquement au point de vue des effets onéreux de la constitution de dot que nous admettons cette fiction, et pour l'application des articles 1496 et 1527, le bénéfice réductible que le mari tient de sa femme se calcule tant sur la fortune personnelle de celle-ci que sur les biens qui lui ont été constitués en dot.

dant, quelques inexactitudes de détail qu'on rencontre chez quelques interprètes. On dit, quelquefois, de la femme qu'elle peut agir en garantie après la dissolution du mariage : c'est trop peu dire, et, tant que dure le mariage, elle aura parfois le droit d'agir, si elle a conservé des droits sur les biens constitués en dot, si elle est séparée de biens, par exemple.

Le recours en garantie a parfois été refusé aux époux quand le mariage est dissous et qu'il n'en est pas né d'enfants actuellement vivants (1). C'est une erreur : le constituant est censé s'être soumis à la garantie pour décider les époux à contracter un mariage d'où peuvent résulter des charges ; il reste tenu de la même manière après que les charges du mariage ont disparu. D'ailleurs, s'il s'agit d'une femme, n'est-il pas évident que le veuvage ne la remplace pas dans la situation où elle était avant son mariage, n'eût-elle même pas d'enfants (2) ?

Ce qui est vrai, c'est que le mari, le mariage dissous, n'a plus de recours en garantie contre le constituant de la dot de la femme ; parce qu'en principe, il n'a plus de droits sur les biens constitués en dot, et que les droits qu'il peut avoir sur eux lui appartiennent, en vertu du partage d'une communauté ou d'une donation, et ne représentent plus l'apport, la dot de la femme.

III. — *L'action paulienne.*

On sait que l'action révocatoire ne réussit contre un acquéreur à titre onéreux que s'il a été complice de la

(1) DELVINCOURT, III, p. 331, note 5.

(2) Il faut même aller plus loin et déclarer que la garantie d'éviction appartient aux héritiers, mêmes collatéraux, de l'époux doté. — Des solutions analogues devraient, du reste, être admises en ce qui concerne le cours des intérêts.

fraude du débiteur ; un acquéreur à titre gratuit, au contraire, y est exposé malgré sa bonne foi (1).

La distinction des actes à titre onéreux et à titre gratuit présente un autre intérêt, au point de vue de l'action paulienne, dans l'opinion qui soutient qu'elle est admissible contre les actes à titre onéreux, par le seul fait qu'un préjudice a été causé aux créanciers de l'aliénateur, sans examiner si ce dernier en a eu conscience. Mais cette opinion, qui peut tout au plus être défendue quand l'acte frauduleux consiste dans une renonciation à un droit, n'a plus guère de crédit (2).

Quel caractère faut-il reconnaître à la constitution de dot vis-à-vis des créanciers du constituant ? Cette question présente des aspects divers. Nous nous occuperons, d'abord, de la donation contractuelle faite par un tiers à un futur époux, et, ensuite, des droits que la femme transporte au mari sur ses biens à titre de constitution de dot.

Aucun texte ne nous indique la situation qu'il faut faire aux créanciers d'un tiers qui a frauduleusement constitué une dot. L'article 1167, 2^e alinéa, porte bien un renvoi au titre du contrat de mariage ; mais il ne s'agit pas là d'un renvoi général aux termes duquel toute acquisition résultant d'un contrat de mariage serait exempte de l'action paulienne. Le texte rappelle ou annonce qu'au titre du contrat de mariage, comme au titre des successions, l'action des créanciers est, dans quelques hypothèses, soumise à des conditions particulières, expressément

(1) Les sous-acquéreurs successifs d'un bien aliéné en fraude sont eux-mêmes en butte à l'action paulienne, s'ils sont personnellement dans les conditions qui donnent ouverture à cette action contre l'ayant-cause du *fraudator*, à supposer que la personne dont ils tiennent leurs droits en soit elle-même passible.

(1) Rennes, 6 avril 1875. (S., 1877, II, 289.)

fixées par les textes ⁽¹⁾. C'est ainsi que l'article 822 restreint la faculté laissée aux créanciers d'attaquer un partage de succession fait en fraude de leurs droits ; en vertu de l'article 1476, ce texte doit être appliqué aux partages de communauté. Nous ne pouvons donc tirer aucun argument de l'article 1167 et du renvoi qu'il contient ; mais nous prétendons bien qu'il ne soit pas invoqué contre nous ; il est sans valeur dans la question.

Non seulement nous n'avons pas de texte qui nous autorise à faire produire à la donation contractuelle un effet qui n'est pas conforme à sa nature d'acte à titre gratuit, mais nous ne pouvons supposer, pour écarter l'action paulienne, une convention tacite du constituant ; il a pu se soumettre à la garantie et promettre les intérêts de la dot, parce que tout donateur peut s'y engager expressément ; mais il n'a pu abdiquer un droit qui appartient à ses créanciers. La loi ne peut présumer qu'il a fait tacitement ce qu'il ne pouvait pas faire expressément.

Néanmoins, nous traiterons la constitution de dot, vis-à-vis des créanciers du tiers constituant, comme un acte à titre onéreux. Un acte qui ne procure aucun équivalent à l'aliénateur ne peut être que gratuit ; et pour lui faire produire les effets d'un acte à titre onéreux, il faut supposer que l'aliénateur a expressément ou tacitement renoncé aux avantages qui devaient résulter pour lui du caractère gratuit de l'opération : vis-à-vis de l'aliénateur, l'absence ou l'existence d'un équivalent fourni en contre-échange peut seule déterminer la nature de l'acte. Mais, vis-à-vis de ses créanciers et au point de

(1) « Les créanciers, *quant à leurs droits qui sont énoncés au titre des successions...*, doivent se conformer aux règles qui y sont prescrites. »

vue de l'action paulienne, l'existence d'un équivalent est indifférente. Jamais on n'a soutenu que l'action paulienne était moins facilement donnée contre un acquéreur à titre onéreux, parce que la valeur mise au patrimoine du débiteur y tenait la place de l'objet aliéné ; de telle sorte que le préjudice causé aux créanciers était moins grand que si l'acte eût été gratuit. Rien de plus faux que cette manière de voir. L'action paulienne suppose un préjudice et aboutit à la réparation de ce préjudice, mais ce n'est pas là son but principal. Elle tend à punir le tiers dont la connivence a permis au débiteur de frustrer ses créanciers. Eût-il même acquis à titre onéreux, l'action révocatoire l'atteindra ; mais s'il a été de bonne foi, sa situation est inattaquable, pourvu, toutefois, qu'il n'ait pas acquis à titre gratuit. Sans doute, dans ce dernier cas, il ne mérite pas d'être puni ; mais on peut, sans une rigueur excessive, lui retirer un pur bénéfice. On n'a rien à lui reprocher ; mais les créanciers, non plus, n'encourent aucun reproche : mieux vaut donner la préférence aux créanciers, *qui certant de damno vitando*, qu'au donataire, *qui certat de lucro captando*. Que si l'acquéreur n'a pas fait un bénéfice gratuit, si de lui aussi l'on peut dire, comme des créanciers : *certat de damno vitando*, et que, d'ailleurs, on n'ait pas à lui reprocher sa mauvaise foi, à égalité de situation, c'est à lui qu'on donnera la préférence, ne serait-ce que parce qu'il est en possession. L'idée qu'une valeur aurait ou non été mise par l'acquéreur au patrimoine du débiteur, est sans influence sur la solution de la question.

Or, il est un acquéreur qui n'a rien fourni à l'aliénateur, qui ne s'est dépouillé de rien, et qui cependant *certat de damno vitando* : c'est le bénéficiaire d'une donation contractuelle qui a assumé les charges du mariage. En vertu d'une tradition non interrompue depuis le droit

romain, l'époux qui a reçu la dot s'est placé dans une situation telle qu'il subirait un dommage injuste, si sa bonne foi ne le protégeait pas contre l'action paulienne; il repousse donc l'action des créanciers du constituant.

Cette solution ne pouvait autrefois être donnée que pour le mari, et quant à la dot qui lui était constituée au nom de la femme. Aujourd'hui, chaque époux peut recevoir une donation contractuelle qui le détermine au mariage; le préjudice que lui causerait l'action paulienne serait exactement le même que celui dont le mari était garanti en droit romain : sa bonne foi l'en préservera donc.

Voici donc à quelles solutions nous arrivons : tout époux de bonne foi, bénéficiaire d'une donation contractuelle, échappera à l'action révocatoire; en outre, le mari y sera soustrait dans la mesure des droits que le contrat de mariage lui a conférés sur les biens constitués en dot à sa femme, et qui représentent la contribution de celle-ci (1).

Cette dernière solution, spéciale au mari, est unanimement admise; mais on la justifie parfois en observant que le mari, tenant ses droits de la femme, échappe à l'action paulienne en qualité de sous-acquéreur à titre onéreux du constituant; car l'acte intervenu entre les époux est certainement onéreux. J'ai contesté cette manière de voir; j'ai établi que le mari, au point de vue des droits qu'il tient du contrat de mariage sur les biens constitués en dot à la femme, est réputé l'ayant-cause

(1) Ces décisions sont celles qu'adopte une jurisprudence presque constante.

Pour la donation faite au mari, voyez : Cass., 14 mars 1848 (D., 48, I, 66), et Bordeaux, 30 nov. 1869 (D., 71, II, 108). Pour la donation faite à la femme : Cass., 23 juin 1847 (D., 47, I, 241); Poitiers, 21 août 1878 (S., 78, II, 257 et la note); Cass., 11 nov. 1878 (S., 1880, I, 28); Agen, 3 févr. 1885 (S., 86, II, 31).

direct du constituant⁽¹⁾; la tradition impose cette manière de voir, qui s'adapte très bien au droit moderne. Cela étant, le mari ne peut échapper à l'action paulienne qu'en raison du caractère onéreux imprimé à son acquisition par les charges qu'il a assumées; et, dès lors, il est nécessaire de faire subir le même sort à l'acquisition réalisée par le bénéficiaire direct d'une donation contractuelle, et à l'acquisition du mari sur les biens constitués en dot à la femme, puisqu'elles empruntent à la même circonstance le caractère onéreux. Traiter toutes ces acquisitions comme gratuites au point de vue de l'action paulienne serait rompre avec une tradition constante; mieux vaut déclarer qu'elles sont toutes à titre onéreux.

L'idée que le mari est l'ayant-cause à titre onéreux de la femme devra seulement être invoquée pour le protéger contre une action dirigée contre lui à l'occasion de certains biens constitués à la femme, et qu'il détient comme lui ayant été attribués dans le partage de la communauté; car ce n'est pas au constituant qu'il est redevable de cette acquisition.

J'ai dit que le mari, pour les droits que le contrat de

(1) M. Demolombe, pour soustraire le mari, et lui seul, à l'action des créanciers du tiers qui a doté la femme, invoque à la fois la loi 25, § 1, *Quæ in fr. cr.*, et la circonstance que le mari est sous-acquéreur à titre onéreux de la femme. Or, j'ai établi que la distinction qu'indique la loi 25, § 1, entre la situation du mari et celle de la femme, n'était pas admise par la pratique romaine, ni même par Venuleius. Mais M. Demolombe peut-il, à la fois, invoquer un texte écrit à une époque où le mari était l'ayant-cause direct du constituant, et tirer argument de ce que le mari n'est plus vis-à-vis du constituant qu'un sous-acquéreur? Au contraire, je puis, avec avantage, faire observer, à l'encontre de M. Demolombe, que la loi 25, § 1, traitait déjà le mari comme acquéreur à titre onéreux, alors qu'il n'était et ne pouvait être que l'ayant-cause du tiers constituant, quand l'acte intervenu entre eux ne présentait pas plus les éléments d'un acte à titre onéreux que la donation faite par un tiers à un futur époux.

mariage lui conférerait à titre de dot sur les biens donnés à la femme, était mis, par sa bonne foi, à l'abri de l'action paulienne. En cela, il est traité comme tout acquéreur quelconque : la loi le protège à raison de sa bonne foi et n'entend protéger que lui. D'ordinaire, la faveur de la loi se limite exactement à la personne qui en est digne ; en notre matière, le but de la loi est quelquefois dépassé. La confusion des intérêts des époux est telle que la femme, malgré sa participation à la fraude du constituant, bénéficiera de la bonne foi du mari. C'est un résultat inattendu et regrettable, mais absolument inévitable. Le mari conservera tous ses droits sur les biens constitués en dot à la femme de mauvaise foi ; et celle-ci continuera à profiter de l'aisance que sa dot procure à la famille.

A mon sens, c'est une vue superficielle de ce résultat, tout de fait, qui a conduit la jurisprudence à déclarer qu'en matière de constitution de dot, la bonne foi d'un seul des époux suffisait à écarter l'action paulienne, que la mauvaise foi de l'époux doté pouvait être suppléée par la bonne foi de son conjoint. La Cour de cassation, dans un arrêt récent, a fait de cette idée l'application suivante : l'action paulienne n'est pas recevable contre une constitution de dot adressée à un mari *consciens fraudis*, mais dont la femme était de bonne foi (1). Cette assertion est inacceptable. La bonne foi d'un époux ne peut avoir d'influence sur l'exercice de l'action paulienne dirigée contre la constitution de dot adressée à son con-

(1) Cass., 18 janv. 1887 (S., 1887, I, 97). V. sous cet arrêt la note de M. Labbé. Les Cours d'appel ont plusieurs fois décidé, contrairement à la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation, que la bonne foi de l'époux non doté ne fait pas obstacle à l'action paulienne contre l'époux doté. Bordeaux, 30 nov. 1869 ; Caen, 7 mars 1870 (S., 1870, II, 281). V. note de M. Labbé sous l'arrêt de Bordeaux. Cf. LAROMBIÈRE, *Obligat.*, 2^e édit., t. II, sur l'art. 1167, n° 34.

joint, que s'il a acquis, à titre onéreux, des droits sur les biens constitués en dot ; et l'action paulienne ne sera écartée que dans la mesure nécessaire au respect de ses droits, et pour le temps qu'ils devront durer.

Il nous suffira de développer et d'établir ces propositions, pour faire tomber la théorie de la Cour de cassation.

Et, d'abord, si on suppose la dot constituée à une femme de mauvaise foi, on dira peut-être que la bonne foi du mari écartera toujours l'action paulienne, parce qu'il acquiert toujours des droits sur les biens de sa femme. C'est justement ce que je conteste. Tous les régimes matrimoniaux confèrent au mari des droits sur l'ensemble du patrimoine de la femme, même le régime de séparation de biens, sous lequel la femme doit une contribution égale au tiers de ses revenus ; j'ai dit que cet apport de la femme représentait sa dot, et j'estime que le droit du mari de bonne foi doit être respecté par les créanciers du constituant. Mais si, par une convention expresse, la femme séparée s'est déchargée de l'obligation de fournir au mari une contribution quelconque, il n'y a plus de dot, car le mari n'a pas de droits. L'action paulienne réussira donc contre la femme de mauvaise foi, malgré l'intérêt qu'a le mari à ce qu'elle conserve une fortune qui assurerait la subsistance de la famille, le jour où lui-même n'y pourrait plus pourvoir, et qui, dans tous les cas, passerait aux enfants nés du mariage. Ici, le mari n'a pas de droits qui soient exposés à l'action révocatoire et que sa bonne foi puisse sauvegarder ; les biens donnés à la femme de mauvaise foi, lui appartenant exclusivement, lui seront intégralement repris au cours même du mariage. Si l'on avait aperçu ou mieux dégagé cette hypothèse exceptionnelle, où la bonne foi du mari ne met aucun obs-

tacle à l'action révocatoire de la dot constituée à la femme, on aurait bien mis en lumière que ce sont seulement les droits du mari que sauvegarde la bonne foi de celui-ci, et, sans doute, on n'aurait jamais songé à dire que la bonne foi d'un époux tient lieu à l'autre de la bonne foi qui lui manque.

La constitution de dot a été faite au mari de mauvaise foi ; sa femme était de bonne foi. Le but du contrat de mariage n'étant pas de transporter à la femme des droits sur les biens de son mari, la bonne foi de la femme sera généralement dénuée de tout effet. Cependant, le mariage et le contrat de mariage sont pour elle la source de différentes acquisitions : 1^o l'hypothèque légale qui résulte à son profit du mariage lui-même et s'étend à tous les immeubles du mari ; 2^o les biens qu'elle a recueillis dans le partage d'une communauté ; 3^o enfin, les biens et les droits qui ont fait l'objet d'une donation que le mari lui a adressée par contrat de mariage. La femme, à raison de ces différents droits, n'est pas l'ayant-cause du constituant de la dot du mari ; elle n'est et ne peut être que l'ayant-cause du mari (1) ; c'est en qualité de sous-acquéreur qu'elle sera poursuivie par les créanciers du constituant, et, malgré sa bonne foi, elle ne repoussera leur action que si elle a acquis du mari à titre onéreux. Ainsi, il ne suffit pas à la femme d'avoir des droits sur les biens du mari ; il faut qu'elle les ait acquis à titre onéreux.

C'est à ce titre incontestablement qu'elle a été investie

(1) J'ai déjà signalé l'espèce suivante, qui s'est rencontrée dans la pratique : les parents du mari, faisant directement, par contrat de mariage, une donation à la fiancée de leur fils. En pareil cas, on est en présence d'une constitution de dot qui doit être traitée de la même manière que si elle émanait d'un des parents de la femme ou d'un étranger ; au point de vue de l'action paulienne, il y a là un acte à titre onéreux. (V. Agen, 3 févr. 1885. S., 1886, II, 31.)

de droits sur les biens communs, et qu'elle a recueilli une portion de ces biens. De même, on admettra sans difficulté qu'elle a acquis, à titre onéreux, l'hypothèque légale qui grève les immeubles du mari. Sans cette garantie, elle n'aurait conféré aucun droit au mari sur les biens qu'elle lui a confiés ; peut-être même ne se serait-elle pas mariée.

Mais nous avons décidé que les donations entre futurs époux par contrat de mariage, fussent-elles réciproques, étaient la source de bénéfices purement gratuits ; la femme donataire de biens constitués en dot à son mari est donc, vis-à-vis du constituant, un sous-acquéreur à titre gratuit.

En conséquence, les créanciers du constituant ne pourront pas faire tomber l'hypothèque légale de la femme de bonne foi, ni lui reprendre les biens qui lui ont été attribués dans le partage de la communauté ; mais elle ne conservera pas les biens qui lui ont été donnés par le mari (1).

En résumé, quand la dot est constituée à la femme, le mari a presque toujours, et sauf dans un cas peu pratique, des droits que les créanciers du constituant doivent respecter. Au contraire, si la dot est constituée au mari, la femme de bonne foi ne peut avoir, sur les biens qui la composent, que deux sortes de droits soustraits à l'action paulienne.

J'ai dit en outre qu'en présence de droits acquis au

(1) Si c'est le mari qui a reçu donation d'un bien constitué en dot à sa femme de mauvaise foi, il ne pourra, malgré sa bonne foi, repousser l'action paulienne, parce qu'il est sous-acquéreur à titre gratuit du constituant. Il ne serait pas autorisé à prétendre que, si aucune donation ne lui avait été faite, le bien donné, demeuré la propriété de la femme, aurait été soumis au régime matrimonial, et soumis à son profit à certains droits que les créanciers auraient dû respecter. A mon sens, il sera donc plus mal traité que s'il n'avait pas reçu de dot.

conjoint de l'époux doté, l'action paulienne n'était écartée que dans la mesure nécessaire au respect de ces droits. Comment fixer cette mesure ? Si l'on suppose que la constitution de dot comprend un ensemble de biens, et que les droits du conjoint de bonne foi se soient assis sur quelques-uns de ces biens, l'action paulienne réussira quant à tous les autres : c'est ainsi que l'hypothèque légale de la femme mariée ne grève que les immeubles constitués au mari.

Mais si les droits qui sont à l'abri de l'action paulienne n'absorbent pas l'utilité intégrale des biens donnés, que faut-il décider ? J'estime qu'il faut écarter l'action paulienne. En présence d'un mari de bonne foi, les créanciers du constituant ne pourront reprendre des biens tombés dans la communauté du chef de la femme ; bien mieux, ils devront laisser à la femme les biens dont le mari a l'usufruit (1), et même les biens dont la femme séparée doit procurer au mari les fruits et revenus en tout ou en partie. Je crois cette solution nécessaire au maintien des droits du mari ; mais on aperçoit combien la femme, en cas de séparation, bénéficie de la bonne foi de son mari. Malgré sa mauvaise foi, elle profite encore de biens dont le mari n'a acquis que la jouissance partielle (2).

Mais cette situation n'aura qu'un temps ; le jour où les droits de l'époux de bonne foi cesseront de grever les biens constitués en dot à l'autre époux, l'action paulienne sera pleinement recevable. Mais n'oublions pas

(1) L'application de cette idée a été faite par un arrêt du 6 juin 1849 (D., 1849, 1, 324) : les droits du mari sur des biens frappés de dotalité sont respectés ; l'action paulienne ne peut être exercée qu'à la dissolution du mariage contre la femme ou ses héritiers.

(2) Cette solution s'impose surtout si on suppose une séparation de biens judiciaire, ou accessoire à une séparation de corps, si bien que le régime primitivement adopté par les époux soit de nature à revivre.

que les droits du conjoint de bonne foi peuvent survivre à la dissolution du mariage et devenir définitifs : les immeubles grevés de l'hypothèque de la femme ont été vendus, et leur prix a servi à la payer de ses reprises ; la communauté a été partagée, et les biens qui y étaient tombés du chef du conjoint doté ont été attribués à l'autre époux de bonne foi. En pareil cas, l'action paulienne est définitivement écartée ; mais quand l'époux doté reprend sur les biens donnés des droits exclusifs, l'action paulienne est utilement exercée.

Il faut, quant à la femme, signaler la particularité suivante : c'est seulement le partage de la communauté qui lui donne sur les biens mis en communauté par le mari doté un droit que l'action paulienne des créanciers ne peut atteindre. Le mari est maître de la communauté tant qu'elle dure, et quand il est actionné par les créanciers du tiers qui l'a doté, il se libère avec les biens de la communauté, sans respecter le droit de copropriété de la femme de bonne foi (1).

Nous n'avons pas à examiner l'hypothèse inverse de la précédente et à supposer que, l'époux doté étant de bonne foi, son conjoint ait acquis de mauvaise foi les

(1) Si on suppose que c'est la femme qui a été dotée par un tiers dont elle connaissait l'insolvabilité, et que les biens constitués en dot soient devenus communs, l'action paulienne ne pourra-t-elle pas être exercée contre la communauté, malgré la bonne foi du mari ? L'action paulienne est personnelle, pourrait-on dire ; or, les créances d'une femme commune tombent en communauté. A cette argumentation, il faut répondre que la créance de la femme n'est pas antérieure au mariage. C'est ce qu'a décidé un arrêt du 6 juin 1849 (D., 1849, I, 324. Quand la femme est tenue de l'action paulienne envers les créanciers du constituant, sa dette n'est pas antérieure au mariage, ne date pas de l'époque de la constitution de dot, mais naît au moment où l'action paulienne est exercée. Cette décision a été rendue à propos de l'application de l'article 1558 C. civ., qui permet l'aliénation de l'immeuble dotal pour l'acquittement des dettes de la femme ayant date certaine antérieurement au mariage. La dette de la femme, n'ayant pas date certaine antérieurement au mariage, ne tombe pas dans la communauté.

droits dont il a été investi : les sous-acquéreurs ne sont passibles de l'action paulienne que si leur auteur y est exposé. Mais, à ce propos, il faut noter que le mari, s'il a reçu de mauvaise foi la dot constituée à sa femme de bonne foi, pourra repousser l'action paulienne; la fiction suivant laquelle on le regarde comme l'ayant-cause direct du constituant ne peut pas être retournée contre lui; elle a uniquement pour but de lui permettre d'invoquer directement les conséquences exceptionnelles attachées à la constitution de dot.

Pour résumer toutes les solutions précédentes, on peut dire que la bonne foi de chaque époux met à l'abri de l'action paulienne les droits dont il a été personnellement investi; qu'elle est absolument inefficace quand il s'agit des droits de l'autre époux; mais que parfois les droits des deux époux sur le même bien se combinent de telle manière que, pour respecter les uns, il faut laisser subsister les autres.

Comment a-t-on pu aller plus loin, et admettre que la bonne foi de l'un ou de l'autre époux suffirait pour exclure l'action paulienne dirigée contre la constitution de dot? On conçoit malaisément qu'une semblable opinion ait pu venir à l'esprit. Sans doute, elle a sa source dans un rapprochement irréfléchi de la situation de la femme à celle du mari; sans apercevoir qu'en écartant l'action paulienne dirigée contre une femme de mauvaise foi, on voulait uniquement maintenir les droits du mari, on a cru pouvoir, dans l'hypothèse inverse, par une exacte réciprocité, sauver le mari des conséquences de sa mauvaise foi à cause de la bonne foi de la femme; on ne remarquait pas qu'il n'y avait pas lieu de mettre la femme à l'abri de l'action paulienne, puisque, faute d'avoir acquis aucun droit qui motivât cette action, elle n'y était même pas exposée.

Le système conçu et adopté, la justification en parut facile. La femme, avons-nous démontré, n'a pas, en principe, de droits sur les biens de son mari : c'est ce qu'on nous conteste. Si elle n'a pas un droit précis et déterminé, elle a un droit général et supérieur qui ne peut jamais être méconnu. Elle a compté, en se mariant, sur la dot qui était constituée à son mari, et se trouverait lésée si l'action révocatoire réussissait contre lui : le bien-être de la famille serait diminué d'autant ; en outre, la femme courrait davantage le risque d'avoir à pourvoir aux besoins du ménage sur ses propres biens, et peut-être même, par le fait de la reprise de la dot du mari, cette obligation lui incomberait-elle immédiatement ; enfin, elle a compté que les enfants nés du mariage auraient un avenir assuré, et il ne faut pas que son espoir soit déçu. Voilà pourquoi la bonne foi de la femme ne laisse pas place à l'action paulienne.

Ce raisonnement est dénué de toute valeur. Il est très avantageux pour une femme d'avoir épousé un mari riche et bien doté ; elle a intérêt à ce que son mari conserve sa dot, je n'en disconviens pas ; mais elle ne peut invoquer que de simples intérêts et non se prévaloir de droits véritables. De motif d'écarter l'action révocatoire dont le mari est passible, on n'en aperçoit aucun. Je ne veux pas dire seulement que de simples intérêts sont moins respectables que des droits acquis ; mais qu'on observe bien le fonctionnement de l'action paulienne : n'est-il pas évident qu'elle ne peut être écartée que par celui contre lequel elle est dirigée ? Or, je prétends que l'action paulienne ne peut pas être dirigée contre la femme, parce que les prétendus droits que lui a conférés le mariage sur la dot du mari n'ont causé aucun préjudice aux créanciers. Conçoit-on que les créanciers agissent contre la femme pour faire révoquer le droit qu'elle a à

ce que son mari reste doté ? L'action paulienne ne peut être exercée contre plusieurs personnes, à l'occasion du même bien, que si, sur ce bien, ces différentes personnes ont toutes acquis des droits ; mais, par hypothèse, les droits du mari sur les biens constitués en dot sont entiers, exclusifs, et c'est uniquement contre lui qu'il est besoin de diriger l'action. Quant à la femme, ses droits, si on peut qualifier ainsi les intérêts que nous lui avons reconnus, ne sont pas de nature à porter ombrage aux créanciers, qui n'ont aucun motif de les attaquer. La femme qui ne sera pas défenderesse à l'action révocatoire n'aura même pas occasion de se prévaloir de sa bonne foi. Quant au mari, il sera poursuivi, il succombera à cause de sa mauvaise foi, et, comme il n'existe sur ses biens constitués en dot d'autres droits que les siens, la constitution de dot sera absolument effacée. Pour la maintenir, il faudrait admettre que la femme, à l'action dirigée contre son mari, opposera sa propre bonne foi, ou que le mari se prévaudra de la bonne foi de sa femme ! Ces prétendus droits de la femme, dont on a tant grossi l'importance, ne peuvent avoir la moindre influence dans la question. Le fait même de les mettre en avant prouve que ceux qui veulent leur faire jouer un rôle ne comprennent même pas pour quel motif l'époux de bonne foi qui a acquis un droit proprement dit, écarte l'action paulienne ; ils n'aperçoivent pas que cet époux repousse l'action paulienne, dont il est personnellement menacé, par laquelle on le poursuit, à raison du droit dont il est investi et dont on veut le dépouiller. Nos adversaires, sans doute, ne discernent pas en quelle qualité les deux époux sont défendeurs à l'action ; ils ne voient pas qu'ils sont tous deux personnellement mis en cause à raison de leurs droits respectifs, et que l'époux de bonne foi n'intervient pas seulement dans l'instance pour couvrir l'autre de sa

bonne foi. C'est le rôle qu'on fait jouer à la femme quand elle n'a qu'un simple intérêt à la conservation de la dot du mari, quand elle ne peut être défenderesse à l'action paulienne (1).

Les observations qui précèdent démontrent que le système adopté par la Cour de cassation ne se tient pas. On a voulu le renforcer à l'aide d'arguments tirés du texte du Code ; on a invoqué, par exemple, le principe de l'incommutabilité des conventions matrimoniales, qui est sans portée, puisqu'il ne concerne pas les tiers ; le renvoi écrit à la fin de l'article 1167, dont j'ai récusé d'avance l'autorité, et, enfin, le principe de l'irrévocabilité des donations contractuelles en cas d'ingratitude. C'est à tort, ai-je dit, qu'on voudrait, de cette irrévocabilité, conclure à la nature d'acte à titre onéreux de la constitution de dot, pour lui en appliquer les effets ; en tous cas, n'est-il pas évident que c'est seulement vis-à-vis de la personne à laquelle elle s'adresse, que la constitution de dot peut produire des effets quelconques ? L'irrévocabilité n'est pas écrite en prévision de l'ingratitude du conjoint de l'époux doté ; la bonne foi de ce conjoint devra être sans influence sur le résultat de l'action paulienne (2).

La théorie que j'ai combattue n'aboutit pas seulement à suspendre la révocation à cause de la bonne foi d'un des époux ; mais elle l'exclut définitivement. Tant qu'on

(1) Dans le cas exceptionnel où, à mon sens, la bonne foi du mari ne met pas obstacle au succès de l'action révocatoire contre la femme, vu qu'il n'avait pas de droits sur les biens de celle-ci, la Cour de cassation, dont je viens de combattre l'opinion, arriverait assurément à une solution différente ; à défaut de droits, le mari, en pareil cas, a des intérêts identiques à ceux que la jurisprudence sauvegarde chez la femme.

(2) On sait d'ailleurs que l'ingratitude des deux époux ne donne pas lieu à révocation. Prétendra-t-on, poussant l'analogie jusqu'au bout, que l'action paulienne sera écartée, même si les deux époux sont de mauvaise foi ?

respecte un droit véritable, l'action révocatoire peut n'être que différée, suspendue, si ce droit est temporaire. Mais l'intérêt qu'on protège ici ne disparaîtra jamais : pendant sa vie, l'époux de bonne foi a intérêt à vivre largement sans entamer sa fortune ; après sa mort, son intérêt se transforme, il désire que la dot de son conjoint soit conservée aux enfants nés du mariage. S'il n'y a pas d'enfants, et que l'époux de bonne foi soit mort, l'action paulienne sera-t-elle admise au moins ? Je n'en sais rien : peut-être estimera-t-on l'intérêt qu'avait l'époux prédécédé à ce que son conjoint ne vit pas sa situation réduite, assez respectable pour maintenir la dot à celui qui l'a reçue de mauvaise foi !

Quel sort faudra-t-il faire, au point de vue de l'action paulienne, à l'acte par lequel la femme transporte certains droits à son mari à titre de constitution de dot ? Cet acte étant incontestablement onéreux, la question paraît très simple : la constitution de dot faite en fraude des créanciers de la femme ne pourra être révoquée que si le mari a participé à la fraude. Cette solution semble rigoureusement logique ; on l'a contestée cependant, et on a nié, en présence de la mauvaise foi du mari, l'admission de l'action paulienne, sous prétexte que l'acte intervenu entre le mari et la femme n'était pas de nature à préjudicier aux droits des créanciers de cette dernière.

Avant d'aborder cette difficulté spéciale, décrivons exactement la situation et posons nettement la question. Une femme insolvable s'est dotée *de suo*, en frustrant ses créanciers ; notre question se pose alors dans toute sa simplicité : le mari de mauvaise foi sera-t-il en butte à l'action récursoire ? Compliquons l'hypothèse : une femme insolvable est dotée par un tiers. Nous avons dit quels étaient les droits des créanciers de ce tiers vis-à-vis du mari de la femme dotée, en supposant que la

dot a été constituée en fraude; nous avons traité le mari comme l'ayant-cause direct du constituant, mais on arrive au même résultat pratique en voyant en lui un sous-acquéreur à titre onéreux. Mais, si nous supposons la femme dotée insolvable, ses créanciers ne pourront-ils pas faire révoquer la constitution de dot? Ne pourront-ils pas se plaindre que la femme, au lieu de garder par devers elle les biens qui lui ont été donnés à l'occasion de son mariage, les ait plus ou moins complètement attribués au mari (1)? Pourquoi ne seraient-ils pas admis à faire révoquer l'acte par lequel la femme s'est dépouillée de biens qui avaient reposé sur sa tête, un instant, de raison, puisque, dans notre loi, les simples renonciations à des droits sont passibles de l'action paulienne? Il faut avouer que cette prétention des créanciers de la femme n'aurait certainement pas été admise en droit romain; à mon sens, l'ancien droit l'aurait également repoussée, car il considérerait le mari comme l'ayant-cause du tiers constituant. L'opinion qui, sans tenir compte de la tradition, ne se guide que par l'analyse exacte de la constitution de dot adressée par un tiers à la femme, conduit au contraire à admettre les créanciers de la femme à exercer l'action révocatoire (2). Cette solution est rigoureusement logique; mais peut-être ne serait-il pas téméraire d'affirmer, en sens con-

(1) Les créanciers ne se plaignent pas de ce que les biens donnés à la femme lui servent de dot, puisque c'est à cette condition qu'ils ont été donnés; mais ils se plaignent de ce que la femme a adopté un régime matrimonial qui leur cause préjudice, tandis que tel autre régime leur aurait conservé en gage les biens donnés.

(2) Dans l'opinion qui admet qu'en cas d'éviction d'un bien constitué en dot à la femme, le mari a droit à garantie, non seulement contre le constituant, mais aussi contre la femme, il faut logiquement reconnaître qu'il est exposé à l'action paulienne, non seulement de la part des créanciers du constituant, mais aussi de la part des créanciers de la femme.

traire, que le mari, au point de vue de l'action paulienne, est traité comme l'ayant-cause du constituant, et qu'il n'est pas exposé à l'action révocatoire des créanciers de sa femme. Peu importerait qu'il eût connu l'insolvabilité de celle-ci au moment où le contrat de mariage lui conférait des droits sur les biens qu'elle recevait en dot. La seule action révocatoire à laquelle il pourrait être en butte serait celle des créanciers du tiers constituant (1).

Cette difficulté se trouve assurément levée, si l'acte par lequel la femme transporte des droits au mari sur ses biens personnels ou sur les biens qui lui sont constitués en dot n'est pas de nature à préjudicier à ses créanciers. Je n'ai rencontré dans nos anciens auteurs que deux passages ayant trait à l'action paulienne dirigée contre une constitution de dot provenant de la femme. On lit dans Domat (2) : « La femme qui se constitue elle-même une dot *ne peut faire préjudice à ses créanciers* ; car ils auront leur action contre le mari pour ce qu'il se trouvera avoir reçu à titre de dot, étant en cela le débiteur de la femme. » Tel n'était pas le sentiment de Roussilhe : l'action paulienne « a lieu soit que la femme elle-même se soit constitué une dot, soit qu'un ascendant ou un étranger ait fait la dotation (3). »

(1) En tous cas, il faut affirmer à nouveau que c'est uniquement au point de vue des effets spéciaux aux actes onéreux attachés à la constitution de dot que le mari est l'ayant-cause direct du constituant. Pour l'application des articles 1496 et 1527, au contraire, j'admets sans difficulté que le bénéfice réductible procuré au mari devrait se calculer non seulement sur les biens que la femme avait en propre, mais sur ceux qui lui ont été constitués en dot.

(2) *Lois civ.*, II, x, 2, art. 11. L'observation est due à un annotateur de Domat.

(3) *Traité de la dot*, ch. v, § 5, 5^a. — L'opinion de Roussilhe est celle qui avait cours en droit romain, où elle s'imposait, puisque le mari acquérait la propriété même des biens dotaux. (Loi 10, § 14, *Quæ in fr. cred.*, D.)

Parmi les interprètes du droit moderne, M. Guillouard applique sans hésitation l'action paulienne à la constitution de dot faite par la femme (1). A l'inverse, nous lisons dans le recueil de Dalloz la note suivante : « Il faut remarquer que la femme ne pourrait pas se constituer ses biens en dot au préjudice de ses propres créanciers, alors même qu'elle ignorerait son insolvabilité, car les biens qu'elle apporte en dot à son mari demeurent affectés au paiement de ses dettes, soit qu'ils tombent en communauté, soient qu'ils restent propres à la femme (1410 C. civ.), soit même qu'elle les ait frappés de dotalité (2). »

Cette observation n'est pas dénuée de toute portée, mais elle n'est pas non plus pleinement exacte. Est-il vrai que la femme, en se dotant, ne puisse faire préjudice à ses créanciers ? Sous tous les régimes qui ne confèrent au mari qu'un simple droit de jouissance, l'affirmative est évidente, car les créanciers de la femme saisiront ses biens au mépris des droits du mari, et sans même tenir compte de la dotalité dont ils seraient frappés. Mais quand la communauté a été stipulée, la mise en communauté des biens de la femme porte préjudice à ses créanciers. On observe que les dettes de la femme antérieures au mariage tombent en communauté ; c'est exact, mais en principe seulement. Je ne fais pas allusion aux créances mobilières qui n'ont pas reçu date certaine avant le mariage ; en pareil cas, la loi présume en effet que le créancier s'est prêté à une simulation de la date de son titre. Mais les créanciers à qui sont dus des immeubles *in genere* n'ont pas de droit contre la communauté ; ils sont privés de leur gage, de tous les

(1) *De l'Action paulienne*, p. 221.

(2) D., 1849, I, 324, note 1.

meubles sur lesquels ils auraient obtenu indemnité, faute d'être payés des immeubles promis. Bien souvent, le préjudice qu'ils éprouvent sera très réel, mais ils n'en pourront faire la preuve ; ils ne pourront établir que la femme a mis des biens dans la communauté et dans quelle mesure elle a contribué à sa formation. Mais si un inventaire a été fait, qui énumère les valeurs mises en communauté par la femme, inventaire que nécessitent certains régimes de communauté conventionnelle, cet inventaire, qui fait foi contre les créanciers, doit pouvoir être invoqué par eux : le titulaire d'une créance immobilière qui peut faire la preuve du préjudice qui lui est causé, du montant de l'aliénation consentie par la femme, peut-il intenter l'action révocatoire contre le mari de mauvaise foi ? On ne voit pas pourquoi on la lui refuserait.

Cependant, s'il n'y avait que cette hypothèse peu pratique où l'on pût songer à appliquer l'action révocatoire à la constitution de dot émanant de la femme, peut-être ne serait-il pas impossible de l'écarter. On pourrait prétendre que la règle qui exclut de la communauté les dettes immobilières ne s'explique pas seulement par cette idée d'équité que les époux, conservant leurs immeubles en propre, doivent rester grevés de leurs dettes immobilières ; il est permis d'y voir un reste d'un principe très ancien, suivant lequel les meubles seuls répondaient des dettes mobilières et les immeubles des dettes immobilières. Avec le temps, on admit que toute créance aurait pour gage l'ensemble du patrimoine du débiteur ; cependant, en matière de communauté, les immeubles furent toujours considérés comme une garantie suffisante des dettes immobilières.

Sans même recourir à l'hypothèse peu pratique d'une dette immobilière, ne peut-on pas dire que les créanciers de la femme, qui ont un droit de poursuite contre la

communauté, subissent cependant un préjudice quand la femme épouse un mari insolvable? Quoiqu'ils puissent saisir dans la communauté les biens que leur débitrice y a mis, sur ces biens, ils subissent le concours des créanciers du mari; peut-être n'obtiendront-ils qu'un dividende. Ne peut-on pas dire de la femme qu'elle s'est rendue insolvable, non pas tant en aliénant la moitié indivise de ses biens qu'en assumant toutes les dettes du mari et en les mettant à la charge des biens qu'elle verse en communauté? Le préjudice qu'elle cause à ses créanciers est manifeste. L'action paulienne sera-t-elle donnée contre le mari, s'il a été complice de la fraude? Je ne vois aucune bonne raison pour la refuser, quoique son admission soit choquante et qu'on voie avec répugnance les créanciers s'immiscer dans les conventions matrimoniales, et chercher à détruire entre les époux une communauté que la loi favorise. Mais je fais toutes réserves dans le cas où ce serait à raison de biens constitués en dot à la femme par un tiers, que les créanciers de celle-ci voudraient intenter la loi paulienne (1).

(1) Aucun arrêt n'a été rendu sur l'hypothèse même qui vient de nous préoccuper. Voici l'espèce la plus voisine qui a fait l'objet d'un arrêt de cassation du 6 juin 1849 (D., 1849, I, 324). Une femme a reçu d'un insolvable une donation ordinaire; plus tard, elle se marie et emploie à se doter les biens qui lui ont été antérieurement donnés: les créanciers du donateur n'ont action contre le mari que s'il a connu l'insolvabilité du donateur. Nous sommes encore bien loin de l'hypothèse où ce sont les créanciers de la femme qui agissent en révocation; mais voici en quoi l'espèce de l'arrêt de 1849 est intéressante: c'était assurément la nature de l'acte intervenu entre le mari et la femme qui s'y agitait, puisque le tiers y avait été complètement étranger. Au contraire, en présence d'une constitution de dot provenant d'un tiers, j'ai admis que ce tiers était censé avoir traité avec le mari. En outre, dans cette espèce, une complication spéciale n'était pas susceptible de surgir: la femme ayant reçu une donation ordinaire, sa bonne foi était impuissante à écarter l'action paulienne, et le mari, tenant ses droits d'un acquéreur à titre gratuit, pouvait toujours être passible de cette action, si, personnellement, il était dans les conditions requises pour l'encourir.

Une question analogue à celle que nous venons d'étudier se pose en cas de faillite : quels sont les droits des créanciers d'un failli en présence de constitutions de dot faites par leur débiteur pendant la période de cessation des paiements et les dix jours qui l'ont précédée ?

La loi ne laisse pas subsister les actes accomplis par un débiteur à l'approche de la faillite, mais elle ne les frappe pas sans distinction. Les actes à titre gratuit, et certains actes, de leur nature à titre onéreux, que la loi y assimile, sont frappés de nullité par cela seul qu'ils ont été passés dans la période de cessation des paiements ou dans les dix jours qui l'ont précédée (446 C. com.). Les créanciers du failli n'ont pas à prouver l'intention frauduleuse du débiteur, qu'ils seraient obligés d'établir pour réussir dans l'action de l'art. 1167. Quant à la mauvaise foi du tiers acquéreur, il va de soi qu'elle n'a pas besoin d'être démontrée, puisque, l'acte étant de sa nature gratuit ou déclaré tel, sa bonne foi serait indifférente.

Le sort des actes à titre onéreux est réglé par l'article 447 C. com. Ils peuvent être annulés, s'il plait au tribunal, quand les créanciers viennent à prouver que le tiers qui a reçu du débiteur connaissait la cessation des paiements. On sait qu'un créancier qui a cessé ses paiements n'est pas forcément insolvable; la preuve imposée aux créanciers n'est donc pas la même que s'ils étaient demandeurs à l'action paulienne. En outre, la fraude du débiteur failli est présumée par la loi, et n'a pas besoin d'être prouvée.

La constitution de dot sera-t-elle traitée comme un acte à titre onéreux ou comme un acte à titre gratuit ? Tout l'intérêt de la question se ramène à savoir si l'époux doté, qui ignorait la cessation des paiements, sera garanti par sa bonne foi, et si, les conditions exi-

gées par la loi une fois constatées, le juge sera libre de prononcer ou non la nullité. A ce double intérêt, on peut en ajouter un autre, plus secondaire : l'article 447 ne vise que les actes passés depuis la cessation des paiements ; une constitution de dot passée dans les dix jours précédents sera donc soumise au droit exceptionnel établi par l'article 446, si c'est un acte à titre gratuit ; passée dans la même période, si c'est un acte onéreux, elle échappera au contraire à l'article 447, pour demeurer sous l'empire du droit commun de l'article 1167.

Les auteurs et les tribunaux qui, pour l'application de l'article 1167, traitent la constitution de dot comme un acte à titre onéreux, doivent logiquement la soumettre à l'article 446 C. com., quand il y a été procédé par un commerçant pendant la période suspecte. Nous n'avons plus rien à dire contre cette doctrine, dont nous avons repoussé le point de départ. Une autre opinion demande un examen spécial ; c'est celle des auteurs qui, partageant la manière de voir que nous avons défendue en interprétant l'article 1167, estiment cependant que la constitution de dot doit être soumise à l'article 446 en qualité d'acte à titre gratuit. Elle a surtout été défendue par M. Demangeat (1). Voyons comment il justifie une distinction dont on n'aperçoit pas la raison d'être.

1° La donation par contrat de mariage est un acte mixte, participant à la fois de la nature des actes à titre onéreux et de celle des actes à titre gratuit ; pour savoir s'il faut la soumettre à l'article 446, il faut rechercher quel est le caractère qui prédomine en elle : or, c'est le caractère gratuit. J'admets volontiers que la constitution de dot est un acte à titre gratuit ; je ne la qualifie même

(1) BRAVARD et DEMANGEAT, *Dr. com.*, tome V, p. 217 à 249.

pas d'acte mixte. Mais ce n'est pas dans son ensemble qu'il faut envisager un acte pour le soumettre à l'action paulienne ; il faut avant tout comparer la situation respective de l'acquéreur et des créanciers de l'aliénateur : si on se place à ce point de vue, on reconnaîtra que la constitution de dot mérite bien plutôt d'être traitée comme un acte à titre onéreux.

2° L'acte est gratuit, parce qu'il n'a mis au patrimoine du débiteur aucune valeur qui soit devenue le gage de ses créanciers à la place du bien aliéné. Partant de cette idée, on en arriverait à soumettre la constitution de dot à l'article 1167 lui-même ! Mais on sait que tel n'est pas le motif de l'action révocatoire ; on ne peut donc pas le mettre à la base de l'action des articles 446 et 447, qui n'en est qu'une application, sauf qu'elle est plus largement ouverte aux créanciers d'un failli.

3° Si l'article 446 n'est pas applicable aux donations contractuelles, il sera lettre morte et ne trouvera jamais son application, les donations ordinaires n'étant pas familières aux commerçants. Je réponds qu'il s'appliquera en tous cas aux actes que la loi assimile aux donations. Mais, en outre, l'observation de M. Demangeat est sans portée. Je reconnais que la donation n'est pas l'acte de prédilection des commerçants. Mais il ne faut pas oublier qu'il s'agit ici d'un commerçant au-dessous de ses affaires, qui cherche, par des moyens frauduleux, à soustraire son actif à ses créanciers. La donation lui en est un moyen facile, et il y recourra, tandis qu'il se serait bien gardé de rien donner si ses affaires eussent été bonnes. Cela étant, la donation ordinaire est beaucoup plus à craindre que la donation contractuelle, parce qu'elle est bien plus pratique : on n'a pas toujours d'enfants à marier, et surtout on ne leur trouve pas d'établissement à point nommé.

4° Après ces arguments tirés de considérations d'équité et d'utilité, on invoque, pour justifier la différence qu'on propose entre le droit civil et le droit commercial, un argument tiré des textes dont je n'aperçois pas la portée. S'agit-il de l'application de l'article 1167, nous pouvons traiter la constitution de dot comme un acte gratuit. « Ici, en effet, nous ne sommes gênés par aucun texte particulier, et nous pouvons décider la question dans le sens qui nous paraît le plus raisonnable et le plus conforme aux principes généraux du droit. » S'agit-il d'une donation contractuelle faite par un commerçant dans la période suspecte, « nous sommes liés par les termes absolus de l'article 446 (1). »

Je vois très bien en quoi les articles 446 et 447 sont plus explicites que l'article 1167 : c'est qu'ils font expressément une distinction qu'on est obligé d'introduire dans l'article 1167, en l'interprétant conformément à la pratique antérieure. Une fois admis, en droit civil, la distinction que commande la loi commerciale, il reste à l'appliquer à tous les actes qui peuvent rendre un débiteur insolvable. Or, l'article 446, pas plus que l'article 1167, ne nous indique de principe, d'idée générale qui puisse nous servir de guide pour faire cette classification ; et plus spécialement, ni l'un ni l'autre ne nous indique dans quelle catégorie il faut ranger la constitution de dot. A la vérité, l'article 446 assimile aux actes à titre gratuit des actes qui, de leur nature, sont à titre onéreux ; on en pourrait donc conclure qu'en présence d'un débiteur failli, il faut se montrer plus facile pour reconnaître à un acte de nature douteuse, le caractère onéreux. Ce raisonnement ne me paraît pas fondé ; à mon sens, l'article 446 ne doit recevoir aucune exten-

(1) Riom, 20 juil. 1841. DALLOZ, *Jur. gén. faillite*, n° 277.

sion. La constitution de dot, que nous avons considérée comme un acte à titre onéreux en droit civil, conserve donc ce caractère à l'encontre des créanciers d'un failli ; c'est à l'article 447 qu'elle est soumise, au moins en règle générale.

Les règles de l'article 447 C. com. diffèrent notablement de celles qu'on applique en droit civil à l'acquéreur à titre gratuit en butte à l'action paulienne. Les créanciers n'auront pas à prouver l'intention frauduleuse du débiteur, car elle est présumée ; ils n'auront à établir chez le tiers acquéreur que la connaissance de la cessation des paiements. Ce sont là, il faut en convenir, des différences bien secondaires. D'abord, la cessation des paiements est le plus souvent la conséquence de l'insolvabilité : la preuve qu'il faut faire contre le tiers acquéreur est donc à peu près la même qu'il faudrait administrer en droit civil. En outre, la mauvaise foi de ce tiers ne peut guère être l'objet d'une preuve principale ; ce qu'on lui reproche, c'est d'être complice de la fraude du débiteur, et l'on conçoit malaisément qu'on puisse prouver directement contre lui qu'il a connu la cessation des paiements, si l'on n'a préalablement démontré que le failli la connaissait lui-même. La présomption de la mauvaise foi du débiteur me semble donc n'avoir pas grande importance ; elle n'a un réel intérêt que dans l'hypothèse de l'article 446, quand le caractère gratuit de l'opération rend indifférente la bonne foi du tiers acquéreur.

La nullité sera facultative pour le juge. Cette différence entre la loi commerciale et la loi civile, en présence d'une constitution de dot, peut paraître choquante. Dans la pratique, elle sera effacée ; le juge prononcera la nullité, car le pouvoir d'appréciation qui lui est laissé a pour but seulement de permettre le main

tien de certains actes par lesquels le failli aurait pu relever le niveau de ses affaires.

Mais voici une différence vraiment sérieuse : le paiement d'une dot antérieurement promise tombera sous le coup de l'article 447, alors même qu'au moment de la promesse de constitution de dot, le promettant n'avait pas cessé ses paiements, ou que l'époux doté ne connaissait pas la cessation des paiements. En droit civil, un paiement ne peut être révoqué par l'action paulienne ; l'acte qui est exposé à cette action est celui qui a donné naissance à l'obligation que le paiement a éteinte ; ce sont les caractères de cet acte et les circonstances dans lesquelles il est intervenu qui déterminent la résolubilité de l'action révocatoire. Par le paiement, un débiteur n'augmente pas son insolvabilité, puisque son passif diminue en même temps que son actif. Mais si actif et passif sont réduits d'une somme égale, ils ne diminuent pas dans la même proportion : et voilà pourquoi les créanciers non payés souffrent un préjudice par suite d'un paiement fait à l'un d'eux. C'est ce préjudice que la loi commerciale répare, parce que l'égalité entre les créanciers d'un failli est la loi des faillites.

Mais c'est en principe seulement que la constitution de dot doit être traitée comme un acte à titre gratuit ; elle peut être constituée en de telles conditions qu'elle tombe sous le coup de l'article 446, non pas en qualité d'acte à titre gratuit, mais en qualité d'acte assimilé par ce texte aux actes gratuits. Le paiement d'une dot promise à terme, quand le terme n'est pas arrivé, constitue en effet l'acquittement d'une dette non échue. De même, toute constitution en dot de valeurs autres que des effets de commerce ou du numéraire, et tout paiement d'une dot promise à terme, fait après l'échéance du terme, mais en valeurs différentes de celles qui viennent

d'être indiquées, donnent lieu à l'application de l'article 446. Nos deux textes peuvent donc, chacun dans des hypothèses spéciales, être appliquées à la constitution de dot; on n'oubliera pas qu'ils se réfèrent à des périodes de temps un peu différentes.

IV

Tels sont les effets spéciaux aux actes à titre onéreux que des textes formels, ou une pratique ininterrompue depuis le droit romain, obligent à reconnaître à la constitution de dot, malgré son caractère gratuit. Par leur réunion, ils constituent ce qu'on a appelé, par abus de langage, le caractère onéreux des donations contractuelles : c'est l'expression qu'on emploie pour désigner l'ensemble des conséquences exceptionnelles rattachées à ces donations. Mais il ne faudrait pas se méprendre sur sa portée, et croire qu'on pourrait faire découler de ce caractère onéreux des effets qu'un texte formel ne consacre pas. Nous sommes en présence de faits concordants groupés sous une dénomination commune, nullement d'un principe. Rien ne peut mieux rendre cette idée qu'une formule des jurisconsultes Paul : *Non ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat.*

Voici cependant quelques conséquences qu'on a voulu directement rattacher au caractère onéreux de la constitution de dot :

1° Une donation contractuelle est faite à une femme qui ne signe pas au contrat; point de mention d'ailleurs que la future ne sait pas signer. La Cour de Bastia, par un arrêt du 27 août 1836⁽¹⁾, annule la donation, « attendu

(1) DALLOZ, *Jur. gén.*, Dispos. entre vifs, p. 660, note 2.

que, pour décider si un contrat reçu par un notaire doit être signé par toutes les parties désignées et présentes dans l'acte, il faut distinguer les contrats synallagmatiques à titre onéreux, quand chacune des parties est assujettie à donner ou à faire quelque chose, des contrats unilatéraux et de bienfaisance..... » A supposer cette décision exacte (1), elle est mal motivée : on ne découvre pas dans la constitution de dot les éléments d'un contrat synallagmatique, et ce n'est assurément pas dans une obligation de la femme vis-à-vis du constituant qu'on peut trouver le motif d'exiger sa signature.

2° La Cour de Dijon aurait déclaré que le dol résultant de la suggestion n'est pas une cause de nullité d'une donation contractuelle, lorsqu'il a été commis par un tiers au profit du donataire, parce qu'une telle donation participe de la nature des actes à titre onéreux (2). A la vérité, tel n'est pas l'objet de la décision rendue; cette proposition a seulement été déduite d'un des considérants de l'arrêt, duquel il semble résulter que si le dol pratiqué par une des parties (dans l'espèce, par le conjoint de l'époux doté), est une cause de nullité, c'est parce que la constitution de dot est un acte à titre onéreux ! Voilà qui est bien extraordinaire ! Est-ce que dans un contrat à titre gratuit, le dol du bénéficiaire n'est pas une cause de nullité ? Il est impossible de comprendre ce que la Cour de Dijon a voulu dire. Mais la

(1) La nullité du contrat de mariage me paraît certaine. Reste à savoir s'il ne peut valoir comme acte de donation ordinaire. Pour qu'il puisse en être ainsi, il faut un concours de circonstances exceptionnelles : il faut d'abord que la donation ait pour objet des biens présents; il faut que le notaire en second et les témoins instrumentaires aient été effectivement présents au contrat de mariage, ce qui sera fort rare ; enfin, le contrat ne valant que comme acte de donation, il faut que la libéralité soit acceptée ultérieurement par acte authentique.

(2) Dijon, 23 juil. 1836. DALLOZ, *Jur. gén.*, Disp. entre vifs, n° 251, p. 122, note 1, et p. 660, n° 2244.

conséquence que l'arrétiste a tirée, par *a contrario*, de cet étrange considérant, est encore plus bizarre. Si le dol a été commis par un tiers au profit de l'époux doté, la constitution de dot n'est pas nulle, à raison de son caractère onéreux ! C'est donc que dans un acte à titre gratuit, le dol d'un tiers entraînerait nullité, à l'instar de la violence pratiquée par une personne étrangère au contrat ? Il n'y a dans tout cela que méprise. Le caractère d'un acte n'a rien à voir dans la question de son annulation pour cause de manœuvres dolosives.

3° Enfin, la Cour de Rouen, par un arrêt du 3 juillet 1828, a décidé que le constituant d'une dot doit, à ses frais, donner mainlevée des inscriptions qui frappent de son chef les immeubles donnés à l'un des époux (1). Ce n'est là qu'une conséquence de l'obligation de garantie, et non un effet distinct du caractère reconnu à la constitution de dot.

SECTION II

EFFETS DE LA CONSTITUTION DE DOT EN TANT QU'ACTE A TITRE GRATUIT

Nous rentrons dans le droit commun, nous en venons aux effets que produit normalement la constitution de dot, conformément à la nature que nous lui avons reconnue. Il semble qu'un simple renvoi devrait nous suffire ; cependant, tout en nous bornant le plus possible, nous devons présenter encore quelques observations de nature à éclairer les développements qui précèdent.

Abordant l'examen des effets gratuits de la constitu-

(1) DALLOZ, *Jur. gén.*, Dispos. entre vifs, p. 660, note 4.

tion de dot, force nous est d'abandonner l'étude comparée de la dot apportée par la femme au mari, et de la donation contractuelle. Il était naturel de rapprocher deux actes qui, pendant longtemps, ont été confondus en un seul; en outre, c'est à cause des charges du mariage qui, dans l'acte à titre onéreux intervenu entre le mari et la femme, jouent le rôle d'un véritable équivalent, que la loi a, pour ainsi parler, imprimé à la donation par contrat de mariage un caractère onéreux artificiel. Mais l'opération qui intervient entre les époux est réellement et absolument un acte à titre onéreux; elle ne produit aucun des effets des actes à titre gratuit; le parallèle ne peut donc être poussé plus loin.

Rappelons cependant que les époux ont pu établir la communauté pour régler leurs rapports pécuniaires; la formation et le partage de cette société peuvent entraîner au profit d'un des conjoints des avantages considérables : quoique ces avantages résultent d'un acte à titre onéreux et soient des acquisitions à titre onéreux, la loi, dans un cas exceptionnel, les traite comme des libéralités. Ne disons pas qu'en pareil cas, l'acte par lequel est effectué l'apport de la femme au mari est traité par la loi comme un acte à titre gratuit. Sans doute, nous nous sommes occupé de la mise par la femme de certains biens dans la communauté; nous avons, en particulier, étudié la garantie d'éviction à laquelle elle pouvait donner lieu. En cela, nous ne sortions pas de notre sujet, parce que, tant que le mariage dure, la mise par la femme en communauté représente sa dot, sa contribution aux charges du mariage. Mais c'est après le mariage dissous que les articles 1496 et 1527 traitent comme des libéralités les avantages résultant de la communauté, à une époque par conséquent où la mise de la femme en communauté n'est plus qu'une mise en société et ne

représente plus sa dot. On ne peut donc pas dire que l'apport d'une dot par la femme au mari soit jamais traité comme un acte à titre gratuit (1).

J'ajoute, d'ailleurs, que c'est uniquement au point de vue de la réduction, que les avantages qu'un époux a pu tirer de la communauté, sont considérés comme des libéralités provenant de l'autre époux; encore est-ce uniquement au profit, ou, plus exactement, en présence d'enfants du donateur nés d'un autre lit, qu'il y a libéralité réductible. On a parfois agité la question de savoir si ces mêmes avantages n'étaient pas sujets à rapport : on a donc supposé deux parents mariés ensemble, et le survivant venant à la succession de son conjoint en concours avec d'autres parents de celui-ci. Je ne m'ex-

(1) C'est uniquement l'avantage résultant pour un époux de l'attribution à la communauté des biens de son conjoint qui peut constituer, en présence d'enfants nés d'un autre lit, une libéralité réductible. On a dit (DALLOZ, *Jur. gén.*, Contrat de mariage, n° 3221) qu'une veuve qui, ayant des enfants, se remarie en frappant de dotalité tous ses biens présents et à venir, fait à son mari une libéralité sujette à réduction (1098 C. civ.), quand les revenus des biens dotaux surpassent considérablement la valeur des charges du mariage. Dans cette manière de voir, l'apport d'une dot par la femme au mari, qui, à mon sens, est toujours un acte à titre onéreux, peut, dans un cas au moins, être traité comme gratuit. Mais cette opinion ne donne pas seulement une extension injustifiable aux articles 1496 et 1527; elle viole ce dernier texte, aux termes duquel les simples bénéfices résultant des économies faites sur les revenus des époux ne sont pas des avantages réductibles. A quoi l'on répond que l'art. 1527 n'est vrai que dans le régime de communauté, où la femme a moitié des bénéfices! Or, ce n'est pas seulement la restriction écrite dans l'art. 1527, c'est la disposition même de ce texte, qui est spéciale au régime de communauté.

On a invoqué l'ancien droit dans ce débat, et, à un passage de Rous-silhe, suivant lequel « la femme peut bailler en dot à son second mari tous ses biens pour en jouir pendant la vie de sa femme » (*Traité de la dot*, I, n° 136), on oppose un passage de Salviat, qui déclare que la femme ne peut pas plus donner à son second mari qu'à l'enfant le moins avantage. (Nouv. édit, v° *dot*, p. 380.) Mais, assurément, par ces mots, Salviat vise la donation par contrat de mariage qu'une femme voudrait faire à son mari. (Le passage précité de Salviat ne se trouve pas dans la première édition de la *Jur. du parl. de Bordeaux*, qui date de 1787.)

plique pas qu'on s'attarde à construire cette espèce compliquée; par le seul fait que l'époux prédécédé n'a pour héritiers que des collatéraux au nombre desquels se trouve son conjoint, n'est-il pas manifeste qu'il n'a pas d'enfants nés d'un autre mariage? Or, c'est uniquement en présence de tels enfants que les avantages résultant du jeu de la communauté peuvent être traités comme des libéralités.

Venons donc, sans plus tarder, aux effets que produit la constitution de dot en qualité de donation.

I. — *Obligation alimentaire de l'époux doté
à l'égard du constituant.*

C'est là une conséquence bien secondaire de la constitution de dot; je la place cependant en première ligne, parce que, suivant la portée qu'on lui reconnaît, certaines solutions, que j'ai précédemment données, peuvent se trouver profondément modifiées.

J'ai dit, pour expliquer les effets onéreux attachés à la constitution de dot, que le constituant était réputé avoir renoncé aux avantages particuliers dont il aurait pu se prévaloir à raison du caractère gratuit de son acte. Cette formule doit être entendue avec précaution : elle est seulement destinée à expliquer comment la loi peut, sans injustice, imposer au constituant l'obligation de garantie, et faire courir de plein droit contre lui les intérêts de la dot. Mais jamais aucun texte n'a privé le constituant d'une dot du droit de réclamer des aliments à l'époux doté, et dès lors il n'y a pas lieu de supposer qu'il s'en est volontairement dépouillé. Il ne faut donc pas lui prêter d'une manière générale l'intention de n'invoquer aucun des avantages que sa situation comporte; il faut dire seulement qu'il est censé avoir abdi-

qué les prérogatives dont la loi le prive, car il était maître de les conserver par une convention expresse. D'ailleurs, pourrait-on raisonnablement supposer qu'un constituant s'est éventuellement condamné à la misère, au plus complet dénûment, et cela, en dotant un étranger ; car en dotant un de ses enfants, il conserve toujours, en qualité d'ascendant, ses droits à une pension alimentaire ?

Le constituant d'une dot peut donc, dans tous les cas, réclamer des aliments à l'époux doté ; l'opinion de Pothier, d'après laquelle le donateur d'une universalité de biens ou de valeurs considérables avait seul droit à des aliments, n'est plus reçue aujourd'hui.

Mais la créance d'aliments ne peut être, pour le constituant, l'occasion de faire revivre le bénéfice de compétence qui était admis en droit romain, et que notre droit ne connaît plus. Le bénéfice de compétence était une faveur accordée, vis-à-vis de certains créanciers, à des débiteurs qui ne pouvaient suffire à leurs engagements, faveur grâce à laquelle ils n'étaient condamnés que dans la mesure de leurs facultés, ou même retenaient de quoi acquitter leurs autres dettes et vivre à l'abri des besoins les plus pressants ; cette faveur s'expliquait par certains rapports qui unissaient le débiteur au créancier, ou par la nature de l'acte d'où résultait son engagement. Ce bénéfice permettait en un mot de ne pas payer ses dettes. Il n'existe plus dans notre droit, et le constituant de la dot ne peut l'exercer indirectement. Poursuivi en paiement d'une dot qu'il a promise, il ne peut objecter qu'en s'acquittant il se réduirait à l'indigence, et, pour ce motif, prétendre garder de quoi vivre. En supposant qu'un objet remis en dot ait été évincé, il ne peut repousser l'action en garantie, en alléguant que l'époux doté doit lui laisser des moyens de subsistance.

MM. Rodière et Pont font revivre dans ce dernier cas le bénéfice de compétence ; M. Troplong, plus circonspect, se contente de dire « qu'il ne faut pas mettre une rigueur trop minutieuse dans le recours auquel le constituant peut être exposé pour raison de garantie (n° 1252). » Ce sont là des assertions inexactes. Le constituant s'est engagé en vue de la garantie d'éviction : il la doit ; mais il n'a pas renoncé à sa créance alimentaire, et il y a droit. Si la créance alimentaire était le résultat d'une réserve expresse faite par le constituant, s'il avait entendu n'être tenu de fournir la dot qu'à la condition de ne pas se réduire à l'indigence, on comprendrait qu'il pût se soustraire au paiement de la dot ou à la garantie ; mais c'est de la loi qu'il tient son droit, et dès lors il doit l'exercer tel que la loi l'organise. Il paiera la dot promise, il réparera les conséquences de l'éviction : puis il fera valoir sa créance, et obtiendra des aliments, non pas un capital comme ce qu'il voulait garder, mais de simples arrérages périodiques.

Le paiement de ces arrérages est indubitablement une charge de la jouissance ; en supposant la dot constituée à la femme, le paiement devra être procuré par la communauté, ou par le mari, s'il a la jouissance des biens constitués en dot à sa femme. Si la femme est séparée, la contribution qu'elle doit au mari se calculera sur son revenu total, déduction faite du chiffre de la pension alimentaire. Ce chiffre peut d'ailleurs absorber le revenu intégral des biens constitués en dot. Si la dot a été constituée au mari, le paiement de la pension ne soulève aucune question.

L'obligation alimentaire qui nous occupe est d'ailleurs soumise aux règles habituelles de la matière. Cependant, les effets particuliers attachés à la constitution de dot ne sont pas sans avoir quelque influence. On sait

que le seul texte où il soit parlé de l'obligation alimentaire du donataire vis-à-vis du donateur est l'article 955, qui considère le refus d'aliments comme un fait d'ingratitude donnant lieu à révocation de la libéralité. Les donations contractuelles n'étant pas révocables pour ingratitude, cette sanction de l'obligation alimentaire se trouve supprimée : il est vrai que c'est là une sanction subsidiaire, car le donateur a toujours le droit de poursuivre le paiement de sa créance d'aliments.

Mais si le donataire n'est pas exposé à la révocation de la donation, peut-il, par l'abandon volontaire des biens donnés, se soustraire à l'acquittement de la pension ? De droit commun, il le peut, car il s'agit là d'une obligation inhérente aux biens : les biens donnés sont débiteurs de la pension bien plutôt encore que le donataire. Mais en matière de constitution de dot, la règle que les époux ne peuvent renoncer aux avantages qui leur ont été faits par des tiers ne met-elle pas obstacle à un semblable abandon ? Je ne le pense pas : le mari pourra toujours abandonner les biens qui lui ont été constitués en dot, s'il trouve onéreuse la charge dont ils sont l'occasion. La femme pourra user de la même faculté, si les biens donnés ne sont grevés d'aucun droit au profit du mari ; que si les biens constitués en dot sont tombés en communauté, ou que la jouissance en ait été conférée au mari, la femme ne peut en faire l'abandon pour éteindre la dette alimentaire ; mais peu lui importe, puisque c'est le mari ou la communauté qui paie les arrérages de la pension. La question serait plus délicate, si le mari, ayant la jouissance des biens constitués en dot à la femme, et tenu dès lors de payer la pension, voulait s'en exonérer par l'abandon des biens donnés. Il ne le pourrait pas sans le concours de la femme.

J'ai toujours raisonné dans l'hypothèse où le consti-

tuant de la dot avait droit à des aliments en la seule qualité de donateur. Il pourra souvent les réclamer en qualité d'ascendant, et ses droits ne seront pas augmentés par la circonstance qu'il a fourni une dot. Enfin, le constituant de la dot a pu expressément stipuler le paiement d'une pension alimentaire ; on est alors en présence d'une donation avec charges, et le refus d'aliments pourra donner lieu à la révocation de la constitution de dot, car c'est seulement à la révocation pour ingratitude qu'elle n'est pas sujette.

II. — *Application à la constitution de dot des règles de capacité spéciales aux actes à titre gratuit.*

Il faut exiger du constituant de la dot comme de l'époux doté la capacité requise pour faire ou recevoir une libéralité. S'il existe entre eux une incapacité relative de donner et de recevoir, la constitution de dot ne leur sera pas plus permise qu'une donation ordinaire. Au contraire, il se pourra qu'une incapacité absolue de donner et de recevoir laisse place à une constitution de dot plutôt qu'à une donation ordinaire. Les condamnés à une peine perpétuelle sont frappés, par la loi du 31 mai 1854, de l'incapacité de disposer et de recevoir à titre gratuit. C'est là une incapacité de jouissance ; mais elle peut être levée en tout ou en partie par le gouvernement (art. 4, 1^{er} alinéa), sans qu'il soit besoin, pour que cette faveur lui soit faite, que le condamné se trouve dans le lieu d'exécution de sa peine. C'est surtout pour lui permettre de doter ses enfants qu'on le relèvera de son incapacité : et quand il aura été habilité à cet effet, il pourra constituer la dot, sans que l'interdiction légale dont il est atteint, et dont les conséquences ne peuvent être écartées qu'au profit d'un condamné arrivé au lieu

d'exécution de sa peine, y mette aucun obstacle (1).

Je n'ai parlé, jusqu'ici, que des incapacités de jouissance. Dans la matière des incapacités d'exercice, il faut noter sur la constitution de dot une particularité très remarquable. Ces incapacités sont générales, et la personne qui en est atteinte ne peut pas plus disposer ou recevoir que faire tous autres actes juridiques ; mais les droits de l'incapable, en principe au moins, sont exercés par son représentant légal ; son incapacité n'aboutit donc pas à une privation de droits. Appliquée au droit de recevoir, cette idée est exacte : la donation faite à un incapable, c'est-à-dire à un mineur ou à un interdit (2), sera acceptée par son représentant légal ; mais, en outre, si l'incapable est un mineur, la loi investit ses ascendants du droit d'accepter la donation qui lui est faite. Si, au lieu d'une donation ordinaire, il s'agit d'une constitution de dot, tout est bien simplifié ; car le mineur qui contracte mariage, en vertu de la règle *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*, accepte lui-même la donation contractuelle, exerce lui-même son droit de recevoir, avec l'assistance des personnes qui l'autorisent au mariage. Quant à l'interdit, je crois qu'il ne peut pas se marier : il ne recevra donc pas de donations contractuelles (3). On voit donc que l'exercice du droit de rece-

(1) Pour établir que le testament n'est pas défendu à l'interdit légal, on observe d'ordinaire que la loi de 1854 prive du droit de faire son testament un condamné qui est soumis déjà à l'interdiction légale. L'argument ne me paraît pas péremptoire : car, pour ce qui est du droit de donner entre vifs, il est certain que l'incapacité résultant de l'interdiction légale et l'incapacité spéciale de la loi de 1854 se cumulent.

(2) L'individu pourvu d'un conseil judiciaire n'est pas privé de l'exercice du droit de recevoir.

(3) Une observation analogue peut être faite pour la femme mariée qui exerce son droit de recevoir avec l'autorisation de son mari, mais à qui on ne conçoit pas qu'une constitution de dot soit adressée, cet acte ne pouvant être qu'antérieur au mariage.

voir une libéralité est réglementé d'une façon différente, suivant qu'il s'agit d'une donation ordinaire ou d'une constitution de dot.

Mais c'est surtout l'exercice du droit de donner qui appelle une observation importante. La donation ne peut jamais être considérée comme un acte d'administration : aussi n'est-elle jamais permise au représentant d'un incapable. Pour l'incapable, la privation de l'exercice du droit de donner aboutit donc à la privation même de ce droit. Seule, la femme mariée et l'individu pourvu d'un conseil judiciaire, qui n'ont pas de représentant, mais exercent eux-mêmes leurs droits avec une certaine assistance, peuvent donner : ils peuvent, aux mêmes conditions, constituer une dot. Les autres incapables, à savoir le mineur, l'interdit judiciaire et l'interdit légal, ne peuvent jamais donner, parce que leur représentant n'a pas le pouvoir de faire cet acte qu'ils n'ont pas la capacité d'accomplir eux-mêmes.

Si une donation ordinaire n'est jamais possible (1), la loi donne le moyen de faire, au nom d'un incapable, une constitution de dot, quand cet acte est particulièrement utile, quand il s'agit de doter un enfant de l'incapable, de remplir un devoir moral auquel il ne se serait pas soustrait. S'agit-il d'un mineur, il va de soi qu'il ne peut avoir d'enfants en âge d'être mariés (2). L'interdit, au contraire, peut avoir des enfants en âge d'être établis.

(1) Notons toutefois qu'un mineur peut, par contrat de mariage, faire une donation à son futur conjoint ; ce n'est pas là une donation ordinaire, mais ce n'est pas non plus une constitution de dot.

(2) En droit romain, nous avons vu qu'un pupille pouvait doter sa sœur consanguine ; c'était un cas exceptionnel où un acte de libéralité lui était permis, parce que les mœurs et l'usage lui imposaient de l'accomplir. Il ne faut pas dire que le pupille s'acquittait d'une obligation légale, et que dès lors la constitution de dot était un acte à titre onéreux ; nous sommes en présence d'un cas exceptionnel où il pouvait faire un acte à titre gratuit, un acte tendant à diminuer sa fortune.

En pareil cas, le conseil de famille de l'interdit, dans un avis homologué par le tribunal, le procureur du roi entendu, fixera « la dot ou l'avancement d'hoirie et les autres conventions matrimoniales. » (511 C. civ.) Il semble qu'en notre hypothèse, la dot ne puisse être qu'un avancement d'hoirie ; il est bien naturel, d'ailleurs, que le conseil de famille ne puisse pas faire une libéralité précipitaire. Quant au droit du conseil de famille de régler les autres conventions matrimoniales, il se réduit à la faculté de subordonner la constitution de dot à l'adoption de tel régime matrimonial et à la stipulation de tels et tels avantages entre les époux, car les conventions matrimoniales sont réglées par l'enfant doté lui-même, assisté, s'il est incapable, des ascendants qui ont consenti à son mariage, et, à leur défaut, de son propre conseil de famille.

On admet d'ordinaire que l'article 511 comporte une double extension : qu'il ne doit pas s'entendre seulement d'un établissement par mariage, et, en outre, ce qui nous intéresse plus directement, qu'il trouve son application en cas de mariage de tous les descendants d'un interdit et ne doit pas être limité au mariage des enfants au premier degré, en supposant, bien entendu, que les ascendants plus proches soient décédés ou dans l'impossibilité de fournir eux-mêmes la dot.

La pratique transporte, en outre, la disposition de l'article 511 de l'interdiction judiciaire à l'interdiction légale (1).

(1) BOITARD, art. 29 C. p ; FAUSTIN-HÉLIE, *Théorie du C. p.*, p. 168-170.

III. — *Application du rapport à la constitution de dot.*

Les biens constitués en dot sont sujets à rapport. Cette règle était déjà en vigueur dans notre ancien droit ; mais l'application en était souvent écartée, vu la fréquence des renonciations à succession que contenaient les contrats de mariage. En pareil cas, toutefois, le rapport de la dot pouvait avoir lieu quand l'enfant renonçant était l'objet d'un rappel à succession ; c'était, en effet, en qualité d'héritier, et non de légataire, qu'il prenait part à la succession.

Le rapport ne pouvait pas non plus être exercé quand la fille dotée était exclue de la succession du constituant, en vertu de la coutume. Une difficulté particulière s'élevait quand la fille dotée était exclue de la succession à certains biens situés dans le domaine d'une coutume d'exclusion, et appelée à la succession des biens situés sur le territoire d'une autre coutume. Devait-elle rapporter toute la dot, ou ne rien rapporter, ou ne rapporter qu'une quote-part de la dot calculée d'après la valeur comparative des biens dont elle était exclue et de ceux qu'elle recueillait ? « Sur quoi, nous dit le Brun, il se peut rencontrer cinq avis différents. » Quant à lui, il astreignait la fille à rapporter ce qui, dans la dot, excédait le chiffre de la succession *ab intestat* qu'elle aurait recueillie dans la coutume d'exclusion (1).

Mais quand l'enfant doté venait à la succession du constituant, le rapport était effectué. Et même, au témoignage de le Brun, la coutume de Lille soumettait au rapport les donations en ligne directe pour cause

(1) LE BRUN, *Succes.*, III, VI, 2, n° 37.

de mariage, alors qu'elle en affranchissait les donations ordinaires. Quant à la coutume d'Amiens (art. 92 et 93), qui admettait le rapport de la dot en principe, elle l'écartait quand tous les enfants du constituant avaient reçu une dot, fût-ce même de sommes inégales ; elle présu-mait qu'en pareil cas l'ascendant commun avait entendu faire des libéralités préciputaires (1).

Dans notre droit, les biens constitués en dot sont l'objet d'un rapport à la succession du constituant, comme des biens donnés, et jamais la constitution d'une dot n'est présumée faite avec dispense de rapport.

Le rapport de la dot s'effectue suivant le droit commun ; s'il n'est pas l'objet d'une réglementation excep-tionnelle, en fait, il offrira souvent des difficultés parti-culières. En supposant qu'un immeuble a été donné en paiement d'une dot constituée en argent, on s'est de-mandé si le rapport était dû de la somme promise ou de l'immeuble fourni. La jurisprudence, après quelque in-décision, a reconnu que le rapport devait se faire en ar-gent : l'argent seul est dotal, tandis que l'immeuble donné en paiement est devenu la propriété du mari (2).

Une question bien autrement délicate est celle de sa-voir à qui le rapport est dû quand une dot constituée par des père et mère a été payée en biens propres à l'un d'eux : le rapport est-il dû pour moitié à la succession de chacun d'eux, ou pour le tout à la succession de ce-

(1) LE BRUN, *Succes.*, III, VII, n^{os} 40 et 47.

(2) En ce sens : Cass., 4 août 1852 : Dal., 52, I, 193. La Cour de cassa-tion avait auparavant jugé en sens contraire : Req., 19 déc. 1811 : DALLOZ, *Jur. gén.*, Successions, n^o 1306. La question se pose généra-lement sous le régime dotal, auquel cas la solution indiquée s'impose particulièrement. Elle doit encore être admise sous tout autre régime. L'arrêt de 1811 se réfère à une dot promise à une femme mariée sous le régime dotal ; dans l'espèce de l'arrêt de 1852, il y avait régime de communauté d'acquêts.

lui-là seul dont les biens ont servi à l'acquittement de la dette. La même question se pose en matière de retour légal. Elle ne rentre pas dans notre cadre, et nous nous contenterons d'indiquer qu'au point de vue du rapport comme du retour légal, chaque époux doit être considéré comme ayant constitué la dot pour moitié (3).

Il est un cas, cependant, où la dot n'est pas soumise au rapport suivant les règles ordinaires : aux termes de l'article 1573, « si le mari était déjà insolvable et n'avait ni art ni profession lorsque le père a constitué une dot à sa fille, celle-ci ne sera tenue de rapporter à la succession du père que l'action qu'elle a contre celle de son mari pour s'en faire rembourser. »

Cette disposition a son origine dans la novelle 97, chapitre 6, que nous avons étudiée en droit romain. La règle qu'elle consacrait avait passé dans les pays de droit écrit avec quelques modifications. L'action en restitution de la dot était seule rapportée, quand la dot avait été constituée par le père ou la mère de la femme à un mari insolvable à l'époque du mariage. Peu importait, semble-t-il, qu'il eût ou non une profession, et, à cet égard, l'ancien droit était plus favorable à la femme que le Code civil. En outre, l'insolvabilité du mari survenant au cours du mariage n'était préjudiciable à la femme que si, étant majeure et maîtresse de ses droits, elle avait négligé de réclamer sa dot ; sinon, le rapport de la dot elle-même ne lui était pas imposé.

Aujourd'hui, la femme ne se libère par le rapport de son action qu'à des conditions plus restrictives : il faut que l'insolvabilité du mari soit antérieure au mariage, et qu'il n'ait eu à cette époque ni art ni profession. Le texte, assurément, entend parler d'une profession lucra-

(1) ESMEIN, *Revue critique*, 1880.

tive qui était de nature à permettre le rétablissement des affaires du mari.

Le sens de l'article 1573 est parfaitement clair et son effet très simple. Mais on a voulu lui faire subir une extension très contestable, non pas en modifiant ses conséquences, mais en élargissant son champ d'application. Il parle de la dot constituée par le père, et on l'entend habituellement de toute dot constituée par un ascendant. Etendre à la constitution de dot provenant de la mère l'article 1573 serait, à la rigueur, admissible, car telle était la pratique des pays de droit écrit, pratique contraire aux termes de la nouvelle 97 ; mais l'appliquer à la dot constituée par un ascendant quelconque est bien plus hardi. Le plus sage est de se tenir rigoureusement aux termes de l'article 1573.

Ce texte est écrit au titre du régime dotal, et on a voulu l'appliquer sous tous les régimes. Une opinion moins hasardée, mais absolument arbitraire, n'étend cette disposition qu'aux régimes matrimoniaux qui, à l'instar du régime dotal, ne donnent pas à la femme de part dans l'accroissement de la fortune du mari : le régime d'exclusion de communauté et la communauté d'acquêts, par opposition à la communauté légale. Sous ce dernier régime, il faudrait traiter la femme comme si, ayant reçu la dot, elle l'avait mise dans une société qui eût périclité. Est-ce donc que la femme n'est pas censée, sous tous les régimes, avoir reçu la dot, et l'avoir ensuite transportée elle-même au mari ? Et croit-on que la disposition de l'art. 1573 s'explique par l'idée d'une faveur qu'on a voulu faire à la femme, quand le régime matrimonial n'était pas pour elle une source de profits ? Rien n'autorise, dans l'interprétation de l'article 1573, à s'inspirer d'une idée qui n'explique pas sa disposition. Ce texte a son origine en droit romain ; la nouvelle 97,

chapitre 6, ne voulait pas qu'une femme pût être astreinte à la *collatio* d'une dot qu'elle n'avait pu recouvrer du mari; pareille règle a été adoptée dans les pays de droit écrit où le régime dotal était en vigueur, et c'est à la jurisprudence de ces pays que les rédacteurs du Code l'ont empruntée. C'est une protection qui n'appartient qu'à la femme dotale, et dont l'admission ne s'explique guère qu'historiquement, puisque, sous ce régime, la restitution de dot n'est pas plus compromise que sous les autres régimes, tout au contraire.

La règle de l'article 1573 trouve également son application, que la dot soit constituée en immeubles ou en meubles; mais il faut reconnaître que dans le premier cas, l'inaliénabilité des immeubles dotaux, assurant leur conservation, permet toujours leur rapport en nature. Or, c'est uniquement le rapport en moins prenant qu'il est permis à la femme d'effectuer par le rapport de son action en reprise. Dès que le rapport est possible en nature, c'est que les biens constitués en dot n'ont pas été dissipés par le mari insolvable; le rapport en nature aura lieu. Or, par suite de leur inaliénabilité, les immeubles dotaux se retrouveront le plus souvent dans la fortune de la femme. Toutefois, ils ont pu être détériorés, dégradés par le mari; et la femme doit compte de leur diminution de valeur (863 C. civ.). Outre le rapport en nature des immeubles dépréciés par le fait du mari, elle devra une indemnité qui sera l'occasion d'un rapport en moins prenant. Si l'insolvabilité du mari ne permet pas à la femme d'obtenir réparation à raison des détériorations subies par ses immeubles, elle rapportera son action en indemnité (1).

(1) Que si l'insolvabilité du mari n'était pas antérieure au mariage, ou que les dégradations fussent le fait d'un mari non insolvable, la femme subirait un préjudice en rapportant en nature son immeuble déprécié,

L'application de l'article 1573 aux immeubles dotaux est beaucoup plus pratique quand la convention les a déclarés aliénables ; car l'inaliénabilité n'est pas le caractère distinctif du régime dotal. Il semble toutefois que la femme devrait être soumise au rapport en moins prenant dans la forme ordinaire, sans pouvoir se libérer par la remise de son action, quand les immeubles dotaux n'étaient aliénables que de son consentement, et qu'elle s'est prêtée à leur aliénation.

L'article 1573 sera facilement appliqué après la dissolution du mariage ; c'est même pour cette hypothèse spéciale que notre texte dispose, puisqu'il parle du rapport de l'action en reprise qui appartient à la femme contre la succession de son mari. Que si la succession à laquelle est due le rapport venait à s'ouvrir au cours du mariage, et que la femme puisât dans une séparation de biens le droit de reprendre sa dot, serait-elle admise à ne rapporter que son action ? Dans l'ancien droit, avons-nous dit, la femme bénéficiait de cette faveur, quand, l'insolvabilité du mari étant survenue au cours du mariage, elle avait cherché à s'en garantir, en demandant la restitution de sa dot. Elle pouvait donc, même pendant le mariage, rapporter son action en reprise. C'est ce qu'on peut encore admettre aujourd'hui, malgré l'hypothèse étroite que prévoit notre texte.

puisqu'elle prendrait en moins dans la succession une somme égale à la dépréciation causée à l'immeuble ; mais elle n'aurait pas le droit de recourir contre son mari au cours du mariage pour obtenir réparation du préjudice, et cela même dans le cas où, ayant le droit de toucher une partie des revenus de ses biens, elle aurait à souffrir de la diminution du chiffre total de sa fortune. (Bourges, 20 nov. 1872 : DALLOZ, 1873, II, 213.)

IV. — *Application de la réduction à la constitution de dot.*

Les libéralités résultant des constitutions de dot sont réductibles comme les donations ordinaires. La loi ne soustrait, à aucun point de vue, la constitution de dot aux règles du droit commun ; mais notre ancien droit présentait à cet égard des particularités qu'il n'est pas sans intérêt de faire connaître.

D'après Roussilhe, quand la même personne avait fait plusieurs constitutions de dot, tant au profit de ses filles qu'au profit d'étrangères, les dots des étrangères étaient réduites les premières (1). Cette faveur ne pourrait plus être faite aux descendants du constituant : la réduction atteint toujours la dot la plus récente.

Quand une personne a doté plusieurs de ses enfants, en insérant à leur profit une dispense de rapport, la dot la plus récente est réduite, quand la quotité disponible est excédée. La règle de l'article 923, dont l'application est nécessaire, aboutit parfois à la méconnaissance de la volonté du constituant, qui a doté ses enfants à mesure qu'il les établissait, et entendait que le bénéfice du préciput fût maintenu aux derniers comme aux premiers. Aussi, dans l'ancien droit, quand, dans le dernier contrat de mariage, le père avait égalé toutes ses filles, toutes les constitutions de dot, au point de vue de la réduction, étaient censées faites à la même date (2). Aujourd'hui, le constituant pourrait seulement déclarer que toutes les constitutions de dot seraient réduites en

(1) ROUSSILHE, *De la dot*, ch. v, § 6, n° 121.

(2) Telle est la décision rendue par un arrêt du 3 mars 1675, rapporté par DOMAT (*Lois civiles*, III, 2, sect. 2, art. 4).

proportion de leur chiffre, sans tenir compte de leur date (1).

Ajoutons que Roussilhe transporte dans la matière de la réduction toutes les distinctions admises en matière de rapport sur le fondement de la nouvelle 97, chapitre 6, dans le cas où l'insolvabilité du mari a mis obstacle à la restitution de la dot à une femme atteinte par la réduction (2).

Le rapport et la réduction sont les deux conséquences les plus importantes du caractère gratuit de la constitution de dot. Nous avons dit que le conjoint de l'époux doté ne les subissait pas, dans la mesure des droits qu'il avait acquis sur les biens constitués en dot : c'est à un point de vue très spécial qu'on peut le considérer par une fiction légale comme l'ayant-cause du constituant. Mais dans quelle mesure subit-il les conséquences du rapport ou de la réduction auquel est soumis son conjoint ?

Toutes les fois que le rapport s'effectue en moins-prenant, la question ne se pose même pas. Mais la dot a été constituée en immeubles qui, en principe, doivent être rapportés en nature. En pareil cas, il faut distinguer selon les régimes matrimoniaux. Si les époux ont adopté un régime de communauté conventionnelle, et que les immeubles deviennent communs, il faut considérer qu'ils ont été aliénés, au moins partiellement : le rapport en nature devient impossible. Sous tous les autres régimes, la droit de jouissance conféré au mari sur les

(1) Quand la constitution de dot est faite en la forme d'une donation de biens à venir, on peut se demander à quelle date elle est réductible. N'est-ce pas seulement à la mort du donateur, comme un legs ? Non, car, à la différence d'un legs, cette libéralité ne peut être révoquée par le donateur, ni même amoindrie ou rendue inefficace par d'autres dispositions à titre gratuit.

(2) ROUSSILHE, n^{os} 126 à 129.

immeubles de sa femme ne mettra pas obstacle au rapport en nature ; nous avons indiqué qu'il en était autrement à Rome, où le mari était propriétaire de la dot. Les droits du mari se trouveront donc résolus. La question se pose alors de savoir si les biens dévolus à la femme, dans le partage de la succession, viendront remplacer les biens qui ont été soustraits à la jouissance et à l'administration du mari. Elle est particulièrement débattue sous le régime dotal. Admettre que les biens recueillis dans la succession tiendront la place des biens dotaux rapportés me semble impossible, puisqu'on ne peut frapper de dotalité un bien qui n'a pas reçu ce caractère du contrat de mariage. D'une manière générale, il faut dire que les biens attribués à la femme dans le partage d'une succession à laquelle elle a rapporté des biens qui lui avaient été constitués en dot, ou même donnés, sont soumis au régime fixé par le contrat de mariage pour les biens à venir. Mais si le mari a droit à garantie à raison de la privation de jouissance dont il souffre, il recourra contre la femme. Si c'est un immeuble dotal qui a été rapporté, la femme ne pourra lui procurer qu'une satisfaction incomplète, en lui conférant la jouissance d'un autre immeuble, ou de certains biens qui ne peuvent pas être frappés de dotalité, être affectés à la jouissance du mari en qualité de biens dotaux.

La réduction peut atteindre une constitution de dot : si les biens constitués en dot à une femme et repris par les héritiers du constituant, à l'aide de l'action en réduction, étaient frappés d'un droit de jouissance au profit du mari, le mari évincé aura le droit de recourir en garantie contre la femme. Que si les biens donnés sont tombés en communauté, il faut dire qu'ils ont été aliénés, au moins partiellement : nous nous trouvons alors en présence de l'article 930. Tandis que les cohéri-

tiers qui ont droit au rapport ne peuvent poursuivre les acquéreurs des biens donnés au cohéritier astreint au rapport, les héritiers réservataires peuvent, à certaines conditions, s'adresser aux acquéreurs des biens qui ont fait l'objet d'une libéralité sujette à réduction. Ils pourront donc poursuivre la communauté, au moins à raison des immeubles donnés qu'elle comprend ; car on admet d'habitude que l'article 930 ne s'applique pas à l'égard des acquéreurs de meubles, même aux conditions écrites à l'article 2279. La communauté aura droit à récompense contre l'époux donataire qui a subi la réduction ; elle aura bien parfois la garantie d'éviction, mais ce sera pour elle un droit illusoire, vu que les héritiers du donateur n'auront pu s'adresser à elle qu'après discussion des biens du donataire.

V. — *Une constitution de dot ne peut porter atteinte aux droits d'un donataire de biens à venir.* (Art. 1083 C. civ.)

L'institution contractuelle, ou donation de biens à venir, peut être soit une constitution de dot, une donation faite par un futur époux par contrat de mariage, soit une donation entre futurs époux. Une constitution de dot ne peut être faite au préjudice d'un donataire de biens à venir, car l'auteur d'une institution contractuelle ne peut disposer de ses biens qu'à titre onéreux.

Quand une institution contractuelle a eu lieu entre futurs époux, le donateur ne peut porter atteinte aux droits du donataire par une constitution de dot, même faite au profit d'un enfant né du mariage qui a été l'occasion de la donation des biens à venir. Mais, le plus souvent, la dot sera constituée par les deux époux conjointement ; pour fixer dans quelle mesure le bénéficiaire de l'institution contractuelle peut attaquer la cons-

titution de dot émanant de son conjoint, il faut savoir s'il n'a pas participé lui-même à cette constitution de dot qu'il attaque ; car l'enfant doté pourrait le repousser en lui objectant que *quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio* (1). Une fois prouvé que la constitution de dot porte atteinte aux droits de l'institué contractuel, l'époux doté est astreint à la restitution effective des biens constitués en dot (2).

VI. — *Application à la dot du retour légal
et du retour conventionnel.*

Les biens constitués en dot, à l'égal des biens donnés, sont sujets au retour légal et au retour conventionnel.

Le retour légal accordé aux ascendants donateurs a sa source dans le droit de reprendre la dot profectice, reconnu, à Rome, au *pater* dont la fille était morte dans le mariage (3). Ce n'était pas là pour lui un droit de succession ; la loi lui donnait simplement contre son gendre l'action *rei uxoriæ*. Nos anciennes coutumes avaient élargi et absolument transformé ce droit d'une nature spéciale ; d'une créance directement accordée au père de la femme contre son gendre, elles avaient fait un droit de succession reconnu à tout ascendant de l'un ou l'autre sexe, et portant sur les effets par lui donnés qui se retrouvaient en nature dans l'hérédité de son descendant prédécédé, fils ou fille. Pour en venir là, il avait fallu absolument méconnaître la nature du droit

(1) Cass., 14 déc. 1885 : S., 86, I, 481.

(2) Lyon, 28 janv. 1855 : S., 1855, II, 742.

(3) Jusqu'à l'époque de du Moulin, le droit de retour avait été exclu dans les pays coutumiers comme contraire à la règle « Propres ne remontent. » Du Moulin fit admettre que ce principe pouvait être écarté quand il n'avait pas pour but de sauvegarder la règle : *Paterna paternis, materna maternis*.

dont se prévalait à Rome le père qui réclamait la dot profectice ; c'était un droit qui naissait en sa personne ; il ne le recueillait pas dans la succession de sa fille, puisque l'action *rei uxoriæ* ne s'ouvrait pas en cas de prédécès de la femme. A cet égard, les idées de nos anciens auteurs étaient moins que précises ; et ils étaient allés jusqu'à se poser la question de savoir si Justinien, en appelant les ascendants à la succession de leurs descendants suivant l'ordre de proximité, n'avait pas retiré au constituant de la dot le droit de la reprendre.

Considérant que le droit de réclamer la dot à la mort de la fille était pour l'ascendant la conséquence d'une vocation successorale, on n'en était pas seulement venu à appliquer le droit de retour à toutes les libéralités, et à l'accorder à tous les ascendants ; mais on avait donné, sur certains points spéciaux, des décisions toutes nouvelles qu'on prétendait appuyer sur les textes romains.

Le droit de retour légal serait-il ouvert quand l'enfant donataire laissait des descendants ? Deux opinions étaient en présence, l'une admettant le retour, l'autre le refusant. Domat prétendait qu'elles avaient toutes deux quelque fondement dans le droit romain. Il n'en était rien : l'action *rei uxoriæ* était ouverte au père de la femme prédécédée dans les mêmes conditions qu'à la femme survivante ; l'existence d'enfants nés du mariage était seulement l'occasion d'une *retentio* (1). La question fut résolue en ce sens qu'il fallait que le donataire n'eût pas laissé d'enfants.

(1) L'unique différence qu'il y eût entre le droit du père et celui de la femme, c'est que le père pouvait, par un *pactum de lucranda dote*, renoncer à sa créance, même s'il n'était pas né du mariage d'enfants actuellement vivants : de la part de la femme, un tel pacte n'était pas possible en pareil cas.

On avait admis enfin que l'enfant donataire pouvait, en disposant des biens donnés, fût-ce même par testament, écarter le droit de retour, au moins partiellement, « sans blesser la légitime du père (1). »

C'est ainsi que le droit de retour légal naquit de la créance en reprise de la dot profectice. Ce n'était pas en tant que libéralité que la dot était recouvrée en droit romain, puisque le mari qui la restituait l'avait acquise à titre onéreux. Mais, aujourd'hui, le retour légal s'explique tout différemment ; c'est un droit de succession restreint à des biens qui ont fait l'objet d'une donation ; c'est parce que la constitution de dot est une donation que les biens constitués en dot y sont sujets.

L'événement qui donne lieu au retour légal étant la mort du donataire, la question de savoir quel sort sera fait aux droits acquis sur les biens dotaux par le conjoint de l'époux doté est bien simplifiée. Nous n'avons pas à nous demander, comme en présence du rapport et de la réduction, ce que deviennent les droits dont était investi le mari pour la durée du mariage. Quant aux droits que chaque époux peut conserver, après le mariage dissous, sur les biens constitués en dot à l'autre époux, leur sort, en cas de retour de la dot, est réglé de la façon la plus simple : ces droits sont respectés.

(1) DOMAT, n° 26. — Domat prétend justifier le droit de tester reconnu à l'enfant donataire par un texte des lois romaines : loi 59, *Sol. matr.* Ce texte n'a que faire dans la question. Il suppose qu'une fille émancipée et sur le point de mourir se prête à un divorce pour écarter l'action *rei uxoriæ*, à laquelle sa mort aurait donné ouverture au profit de son père, la dot étant profectice. Ainsi, la dot était restituée à la femme elle-même, son père émancipateur n'ayant pas l'action *rei uxoriæ adjecta filix persona*, comme il l'aurait eue *mortua in matrimonio filia*. Il y a loin de ce détour, destiné à frustrer le père, au droit de le priver par testament de la faculté de reprendre la dot. D'ailleurs, la fraude des époux était écartée, car on accordait au *pater* « *utile dotis recuperandæ judicium*. »

Cette solution s'impose, car le retour ne s'applique qu'aux biens donnés existant en nature dans la succession du donataire.

Ainsi en décidait le droit coutumier, comme la logique l'exigeait, puisqu'il accordait à l'ascendant donateur une vocation successorale restreinte aux objets donnés, quand le donataire n'en avait pas disposé, fût-ce par testament. L'aliénation au profit du conjoint du donataire a les mêmes conséquences qu'un acte de disposition au profit d'un tiers. Aujourd'hui, on ne cherche pas à justifier autrement le maintien des droits conférés par le contrat de mariage, et même par tout autre moyen, au conjoint de l'époux doté. Mais Domat, qui ne voulait pas voir dans le retour légal un droit de création nouvelle, mais seulement une extension, une généralisation du droit accordé au *pater* de reprendre la dot profectice, voulait trouver dans les lois romaines la preuve que le retour ne devait pas causer préjudice au conjoint de l'époux doté. C'était bien difficile, puisqu'à Rome, la restitution de la dot au *pater* était effectuée au grand détriment du mari qui aurait dû la garder. Domat ne pouvait invoquer que la loi 12, de *Pact. dotalibus*. Ce texte prévoit que, par un *pactum de lucranda dote*, le père renonce à sa créance en restitution de la dot (1). Et un annotateur de Domat ajoute l'observation suivante : « Comme le texte précité regarde la dot entière, suivant la stipulation qui avait été faite, on peut, à plus forte raison, l'appliquer aux gains qui n'en consomment qu'une partie. » Est-il besoin de faire ressortir le vice de cette argumentation ? Il était bien naturel que le constituant respectât les droits qu'il avait formellement consentis au

(1) DOMAT, *Lois civiles*, II, II, 3, n° 5.

mari; mais de là à maintenir les droits qu'un époux tient de son conjoint sur les biens constitués en dot par un tiers qui a le droit de retour, il y a loin.

L'idée que le droit du constituant du donateur était un droit de succession restreint aux objets donnés existant encore en nature, pouvait seule justifier le résultat dont on voulait rendre compte.

Avouons, toutefois, que dans les pays de droit écrit, les biens donnés à un descendant par contrat de mariage retournaient à l'ascendant donateur, francs et quittes de toutes charges et hypothèques, sauf l'hypothèque de la femme pour ses conventions matrimoniales et la restitution de sa dot ⁽¹⁾. C'est que dans les pays de droit écrit, le droit de retour n'était pas un droit de succession, mais s'expliquait par une condition tacite mise à la constitution de dot ⁽²⁾; voilà pourquoi certains droits acquis sur les biens donnés pouvaient être maintenus, et non les autres.

Le droit de retour conventionnel peut être stipulé par le constituant de la dot, comme par tout donateur qui n'est pas ascendant du donataire. En pareil cas, la condition de survie du donateur au donataire, s'étant réalisée, opère résolution de tous les droits consentis par le donataire; les biens donnés reviennent au donateur francs et quittes de toutes charges, « sauf l'hypothèque de la dot et des conventions matrimoniales si les autres biens de l'époux donataire ne suffisent pas, et dans le cas seulement où la donation lui aura été faite

(1) TEISSIER, *Traité de la dot*, I, p. 67.

(2) Dans les pays de droit écrit, le droit de retour, qui s'expliquait par une condition résolutoire tacite, existait non seulement au profit du père, mais au profit de la mère et de tous les ascendants donateurs; il s'appliquait à tous biens donnés, et non pas seulement à la dot. (SALVIAT, *Jur. du parl. de Bordeaux*, éd. de 1787, *dot*, p. 206 et 209.)

par le même contrat de mariage duquel résultent ces droits et hypothèques. » (952 C. civ.)

Ainsi, les biens constitués en dot, à la différence de ceux qui ont fait l'objet d'une donation ordinaire, ne reviennent pas au donateur francs et quittes de toutes charges en cas de retour conventionnel. L'un des droits acquis au conjoint de l'époux doté, l'hypothèque de la femme, est respecté. Le droit du constituant de reprendre les biens constitués en dot, comme il reprendrait des biens donnés, fléchit devant l'intérêt de la femme. Cette décision me semble constituer une innovation ; à en croire Domat (1), le retour conventionnel faisait tomber toutes les aliénations, même l'hypothèque de la dot et des conventions matrimoniales. L'article 952 réglemente le retour conventionnel comme le retour légal était organisé dans les pays de droit écrit, où il n'était d'ailleurs qu'un retour conventionnel tacite (2).

La restriction apportée par l'article 952 aux effets habituels de retour conventionnel pourrait assurément être écartée par une convention formelle. Tout à l'inverse, les parties pourraient déclarer que certains droits acquis sur les biens constitués en dot seraient respectés. Mais l'article 952 n'est par lui-même susceptible d'aucune extension. On a prétendu, et la Cour de Paris

(1) DOMAT, *Lois civiles*, II, II, 3, n° 5.

(2) L'article 952 n'est pas la seule disposition de faveur dont l'hypothèque de la dot et des conventions matrimoniales soit l'objet. Aux termes de l'article 1054, l'hypothèque de la femme, pour la sûreté de ses deniers dotaux, continue à peser sur les biens grevés de substitution, après l'ouverture des droits de l'appelé, quand l'auteur de la substitution l'a formellement déclaré. Il est vrai qu'à cette condition, toute aliénation ou charge consentie sur les biens substitués pourrait être maintenue. C'était seulement dans l'ancien droit, où « la dot se prenait sur les biens substitués, » indépendamment de toute réserve à cet effet, que l'hypothèque de la femme était l'objet d'une mesure de faveur. (Ordon. de 1747, tit. I, art. 44 et 45.)

a décidé (1), qu'en présence d'une donation de choses mobilières fongibles ou de sommes d'argent, sujette à retour conventionnel, la femme avait droit de préférence à l'encontre du donateur ; et cela par interprétation de la volonté de celui-ci qui, dans l'article 952, nous apparaît comme subordonnant son droit de retour à l'accomplissement préalable des conventions matrimoniales. C'est inadmissible. Si la femme, en présence de meubles déterminés compris dans une donation sujette à retour, ne peut les faire vendre et se payer sur leur prix, en méconnaissant le droit de propriété qui a fait retour au donateur, il n'y a pas de raison pour qu'elle exerce ses reprises sur l'argent et les choses fongibles, au préjudice du droit de créance dont le donateur se trouve investi.

On a prétendu, en outre, que l'article 952, parlant de la résolution des charges et hypothèques, ne visait que les immeubles. Il en résulterait que le droit de retour conventionnel ne s'appliquerait aux meubles qu'autant qu'ils se trouveraient encore dans la fortune du donataire. Mais notre texte, qui soumet au droit de retour *les biens donnés*, doit s'entendre des meubles comme des immeubles ; à la vérité, les acquéreurs de meubles seront, le plus souvent, mis par leur bonne foi à l'abri de la résolution. Si l'opinion contraire était admise, on aperçoit la conséquence qui en résulterait en cas de constitution de dot : tous les meubles constitués en dot et acquis au conjoint de l'époux doté, par suite des règles de la communauté, se trouveraient soustraits au retour.

(1) 17 juil. 1839. DALLOZ, *Jur. gén.*, Dispos. entre vifs, n° 1783.

VII. — *Révocation de la constitution de dot pour inexécution des charges et conditions, et pour cause de survenance d'enfant au constituant.*

Sur la première cause de révocation, on observera que, dans notre droit, la constitution de dot est toujours subordonnée à la condition tacite de la conclusion du mariage. Etant faite en vue des charges du mariage, cette donation n'est maintenue qu'au profit de l'époux qui les assume. Toutefois, la condition est suffisamment remplie dès que le mariage est conclu, et le constituant ne puiserait pas un droit de révocation dans la circonstance que l'époux doté n'emploie pas la dot suivant sa destination.

En ce qui touche la révocation pour survenance d'enfant, la constitution de dot est absolument soumise aux règles des donations ordinaires; l'article 960, qui semble la soustraire au droit commun quand elle est adressée par un ascendant à son descendant, est le résultat d'une inadvertance : un ascendant qui dote son enfant ne sera jamais en situation de révoquer la constitution de dot, puisque c'est la survenance d'un enfant à un donateur qui n'en a pas encore, qui autorise la révocation.

Au contraire, il était utile d'indiquer que les donations entre futurs conjoints ne sont, dans aucun cas, révoquées par la survenance d'un enfant au donateur; cet événement ne fera pas tomber de semblables donations, même s'il s'agit d'un enfant né d'un mariage autre que celui qui a été l'occasion de la donation. Mais les donations entre époux ne sont nullement des constitutions de dot.

VIII. — *De la transcription des constitutions de dot.*

Le caractère d'acte à titre gratuit de la constitution de dot la soumettait, conformément à l'article 939 C. civ., à la transcription exigée des donations ordinaires. Cette remarque, depuis la loi de 1855, n'a plus guère qu'un intérêt historique. On se rappellera qu'à Rome, la constitution de dot émanant d'un ascendant paternel de la femme n'avait jamais été soumise à l'insinuation ; Justinien dispensa toute dot quelconque de cette formalité. Cette dispense ne s'était pas maintenue dans l'ancien droit. L'ordonnance de 1731 n'exemptait en effet de l'insinuation que les constitutions de dot auxquelles il était procédé par les ascendants paternels ou maternels de la femme ; toutes autres constitutions de dot étaient traitées comme des donations ordinaires, et spécialement les donations faites au futur mari par ses ascendants. Il semble que la pratique antérieure à 1855 soumettait sans restriction toutes les constitutions de dot à la transcription. Depuis lors, la transcription est devenue obligatoire même pour les actes à titre onéreux. Cependant, il y a encore quelque intérêt pratique à distinguer sous ce rapport les actes gratuits des actes à titre onéreux (1) ; il n'est donc pas inutile d'observer que c'est toujours en vertu de l'article 939 C. civ. que les constitutions de dot comprenant des biens susceptibles d'hypothèque sont soumises à la transcription.

(1) En particulier, les créanciers chirographaires d'un donataire, en cas de saisie, de faillite déclarée ou d'exercice de l'action paulienne, peuvent repousser une donation non transcrite (941), et cependant ils n'ont acquis ni conservé de droit réel sur l'immeuble donné.

POSITIONS

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE

DROIT ROMAIN

I. — La constitution de dot ne présentait pas, même vis-à-vis du mari, les éléments d'un acte à titre onéreux (v. p. 20 et suiv.).

II. — Le mari, à qui avait été consenti un *pactum de lucranda dote*, n'était pas, à raison de cet avantage, traité comme un acquéreur à titre gratuit (v. p. 30 et suiv.).

III. — Le champ d'application de l'action *rei uxoriæ* était le même en cas de dissolution du mariage par le prédécès du mari qu'en cas de divorce (v. p. 53).

IV. — L'exception *quod facere potest* n'appartenait jamais au constituant de la dot en qualité de donateur (v. p. 74-79).

V. — La pratique, qui n'admettait pas l'action paulienne contre la femme, quand elle n'avait pas participé à la fraude du constituant, méconnaissait la nature de son acquisition (v. p. 90-96).

DROIT FRANÇAIS

VI. — Dans notre droit, le mari peut, aussi bien que la femme, être doté (v. p. 154 et suiv. et p. 209 et suiv.).

VII — La donation contenue au contrat de mariage jouit seule d'immunités particulières, et peut seule être qualifiée de constitution de dot (v. p. 187 et suiv.).

VIII. — Le mari peut, dans une certaine mesure, être considéré comme l'ayant-cause du tiers qui a constitué une dot à la femme (v. p. 212 et suiv.).

IX. — La créance d'aliments à laquelle le constituant de la dot a droit ne lui permet pas de se soustraire à l'obligation de garantie ou au paiement des intérêts de la dot (v. p. 270).

POSITIONS PRISES HORS DE LA THÈSE

DROIT ROMAIN

I. — La nature des servitudes prédiales dépendait de la nature du fonds dominant.

II. — L'action négatoire était refusée aux copropriétaires vis-à-vis de leurs copropriétaires.

III. — La prescription telle que Justinien l'organisa admettait l'interruption civile.

IV. — Le simple pacte n'engendrait pas une obligation naturelle.

V. — La pétition d'hérédité était une action réelle.

DROIT FRANÇAIS

VI. — Les parents d'un enfant naturel ne peuvent le réduire à la moitié de sa part héréditaire, conformément à l'art. 761, que s'il y consent.

VII. — L'ascendant donateur, à qui est dû le retour légal, n'est pas, de ce chef, héritier réservataire; en conséquence, il faut calculer la quotité disponible sur l'ensemble des biens personnels du *de cujus*, et y ajouter ensuite les biens donnés.

VIII. — Une condition mise à une donation ne peut pas être la cause déterminante de la libéralité.

IX. — Le droit de propriété littéraire tombe en communauté.

DROIT COMMERCIAL

X — L'acte de société donnant au gérant ou aux administrateurs le pouvoir de constituer hypothèque n'a pas besoin d'être rédigé en la forme authentique.

DROIT PÉNAL.

XI. — Le délit de violation du secret professionnel ne suppose pas l'intention de nuire.

XII. — Les infractions punies de peines criminelles et correctionnelles, et cependant qualifiées de contraventions, ne sont pas soumises aux règles des contraventions de police.

XIII. — Le tribunal de répression, ayant à juger un crime de bigamie, est compétent pour trancher la question préjudicielle de la nullité de l'un et de l'autre des mariages contractés.

XIV. — Une atteinte portée aux biens met dans le cas de légitime défense.

DROIT DES GENS

XV. — Le principe de la liberté de la mer ne s'applique pas aux détroits artificiels.

Vu par le Président de la Thèse,

J.-E. LABBÉ.

Vu par le Doyen,

COLMET DE SANTERRE.

Vu et permis d'Imprimer,

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris.

GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

DE LA NATURE DE LA CONSTITUTION DE DOT

DROIT ROMAIN

INTRODUCTION.....	1
CHAPITRE PREMIER. — Le mari est traité comme un acqué- reur à titre onéreux	7
I. — Correspondance de la dot aux charges du ma- riage.....	7
II. — Comment se justifient les effets spéciaux aux actes à titre onéreux, attachés à la constitution de dot	20
III. — Du <i>pactum de lucranda dote</i>	30
CHAPITRE II. — La femme est donataire du constituant de la dot	34
I. — Les biens constitués en dot ne sont pas destinés, entre les mains de la femme, à l'acquittement des charges du mariage.....	34
II. — Nature et origine du droit que la femme exerce par l'action <i>rei uxoriæ</i>	36
III. — La femme, à raison de ce droit, est donataire du constituant.....	48
IV. — De la donation faite à la femme pour qu'elle se dote	64

CHAPITRE III. — Effets de la constitution de dot, suivant la nature des acquisitions qui en résultent au profit de chaque époux	70
Section I ^{re} . — Conséquences du caractère onéreux de l'acquisition du mari.....	71
Section II. — Conséquences de la gratuité de l'acquisition de la femme.....	86
APPENDICE. — La <i>donatio propter nuptias</i>	105

ANCIEN DROIT

CHAPITRE PREMIER. — Origine et nature des droits du mari sur les biens de la femme	121
I. — Droit de l'époque barbare	121
II. — Droit coutumier	126
III. — Droit écrit.....	147
CHAPITRE II. — De la donation faite par un tiers à un futur époux.....	151

DROIT MODERNE

CHAPITRE PREMIER. — Des droits du mari sur les biens de sa femme, et en général des droits acquis à chaque époux, par contrat de mariage, sur les biens de son conjoint.....	162
I. — De l'apport de la femme au mari	164
II — Des droits de communauté	176
III. — Des donations entre futurs conjoints.....	179
CHAPITRE II. — De la donation faite à un futur époux par contrat de mariage	187
I. — La constitution de dot ne peut être faite que par contrat de mariage.....	187
II. — La dot ne peut être constituée ni augmentée pendant le mariage	193
III. — Du caractère onéreux de la constitution de dot .	197

IV. — A l'égard de quelles personnes la constitution de dot produit les effets d'un acte à titre onéreux....	208
CHAPITRE III. — Conséquences de la nature reconnue à la constitution de dot.....	222
Section I ^{re} . — Effets des actes à titre onéreux produits par la constitution de dot.....	223
I. — Les intérêts de la dot.....	223
II. — La garantie d'éviction	231
III. — L'action paulienne.....	237
IV	265
Section II. — Conséquences du caractère d'acte à titre gratuit de la constitution de dot.....	267
I. — Obligation alimentaire de l'époux doté vis-à-vis du constituant	270
II. — Application à la constitution de dot des règles de capacité spéciales aux actes à titre gratuit	274
III. — Du rapport de la dot.....	278
IV. — De la réduction	284
V. — La constitution de dot ne peut porter atteinte aux droits d'un donataire de biens à venir	287
VI. — Du retour légal et du retour conventionnel.....	288
VII. — De la révocation pour cause d'inexécution des conditions et de survenance d'enfants.....	295
VIII. — De la transcription des constitutions de dot	296
POSITIONS.....	297



